Die prozessuale Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

CARL WEBER
Gerichtsassessor aus Stuttgart

Approbiert am 4. März 1909

STUTTGART
Hofbuchdruckerei Zu Gutenberg Carl Grüninger (Klett & Hartmann)
1909

Die
prozessuale Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

CARL WEBER
Gerichtsassessor aus Stuttgart

ACAD. LUDWIGSB. BIBL.

Approbiert am 4. März 1909

STUTTGART
Hofbuchdruckerei Zu Gutenberg Carl Grüninger (Klett & Hartmann)
1909

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Inhalt.

Seite

I. Kapitel. Geschichtliche Einleitung 1

II. Kapitel.

I. Die über die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers aufgestellten Theorien:

A. Die für das gemeine und preußische Recht aufgestellten Theorien 7

B. Die für das geltende Recht aufgestellten Theorien 10

II. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers: Partei oder Vertreter? 18

III. Kapitel. Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung 28

I. Die Fälle, in denen der Testamentsvollstrecker zur Prozeßführung legitimiert ist.

1. Die im Gesetz geregelten Fälle.

A. Aktivlegitimation in Nachlaßstreitigkeiten 30

B. Passivlegitimation in Nachlaßstreitigkeiten.

a) Gegenüber gewöhnlichen Ansprüchen. 37

b) Gegenüber Pflichtteilsansprüchen . . 46

2. Die Fälle, in welchen die Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers sicher festzustellen ist 52

Seite

3. Die streitigen Fälle.
   a) Die Legitimation in Erbrechtsstreitigkeiten einschließlich des Erbschaftsanspruchs 55
   b) Die Legitimation in Streitigkeiten anläßlich der Auseinandersetzung 69
II. Die aus der Parteistellung des Testamentsvollstreckers für den Prozeß sich ergebenden Folgen 71
Literaturverzeichnis 81

I. Kapitel.

Geschichtliche Einleitung.

I. Im Gegensatz zum Testament ist der Testamentsvollstrecker aus dem deutschen Rechte hervorgegangen[1]. Den Ausgangspunkt bildet das Institut der Treuhänder (Salmannen). Während mehrerer Jahrhunderte waren Testamente in Deutschland unbekannt; es gab nur gesetzliche Erben bis zu den Zeiten, in denen römisch-rechtliche Gedanken das deutsche Recht zu beeinflussen anfingen[2]. Tacitus, „Germania" c. 20, berichtet: „heredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum." Der Mangel gewillkürter Erbfolge war insbesondere da fühlbar, wo gesetzliche Erben fehlten. Ursprünglich fiel der Nachlaß des „erblosen Mannes" an das Volk zurück, später mit Erstarkung der Königsmacht an den König[3]. Diesen Heimfall zu vermeiden, bediente man sich der sogenannten Erbenschaffung, der

[1] Heusler, Inst. II § 202; Dernburg, Pand. III § 124; Stobbe, V § 308 S. 260; Schultze, Langob. Treuhand; Schröder, Rechtsgeschichte S. 740; Beseler, Erbverträge I § 15, 16, Zeitschrift für d. R. IX S. 144, Volksrecht und Juristenrecht S. 321, Privatr. I S. 672; Pauli, Abhandl. aus dem lübischen Recht, III S. 309.

[2] Heusler, II § 194. [3] Heusler, II § 194.

Affatomie des fränkischen Rechtes[1]. Diese ist wie das thinx[2] des langobardischen Rechtes (adoptio in hereditatem in Verbindung mit sachenrechtlicher donatio[3]) und wie die Vergabungen von Todes wegen ein erbrechtlicher Vorgang in sachenrechtlicher Form. Der Zweck ist erbrechtlicher Natur, die Form ein sachenrechtlicher Vertrag.

Die Affatomie zerfiel in drei Akte. Im gebotenen Thing erfolgte die Übergabe des Vermögens oder eines Teiles seitens des Vergabenden an einen Salmann „zu getreuer Hand", zu Verfügungsrecht (nicht zu Eigentum[4]). Nach Vornahme gewisser Zeremonien im Hause des Vergabenden durch den Salmann, welche seine Verfügungsgewalt zum Ausdruck brachten, erfolgte 12 Monate nach dem Tode des Vergabenden die Übergabe des Anvertrauten an den Bedachten im echten Thing oder vor dem König (damit die Genehmigung des ursprünglich Berechtigten einholend[5]). Noch in fränkischer Zeit verwandelte sich die Affatomie in eine bloße Vergabung auf den Todesfall[6], sei es von einzelnen Sachen[7] (Singularsukzession), sei es des ganzen Vermögens oder einer Quote desselben[8], wobei die Mitwirkung von Salmannen rechtlich nicht mehr nötig war[9]. Üblich blieb die Beiziehung des Salmannes als Mittler, weil so der Erblasser die Über-

[1] Lex Salica Tit. 46. [2] Lex Ribuaria 48/9.
[3] Schultze, Langob. Treuh. S. 6.
[4] Heusler, I S. 218; A. M. für den langob. Treuhänder Schultze, S. 79, vermittelnd Beyerle, Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz Bd. I S. 19.
[5] Heusler II § 194; Stobbe V S. 271.
[6] Heusler II § 194. [7] Heusler II § 99.
[8] Heusler II § 195. [9] Heusler II § 195.

tragung an den Treuhänder bis zu seinem Tode widerrufen konnte [1], oder wenn der zu Bedenkende nicht zu erreichen war oder um dem Treuhänder die nähere Art und Weise der Ausführung des letzten Willens zu überlassen. Dies war namentlich bei den Seelgeräten üblich [2].

Im langobardischen Recht vollzog sich die Entwicklung umgekehrt. Hier bestand zuerst die adoptio in hereditatem zwischen adoptans und adoptandus [3], welche Suspensiveffekt hatte und Universalsukzession begründete. Im Zusammenhang damit kam in späterer Zeit der letztwillige Treuhänder [4] auf. Die treibende Kraft bei den Vergabungen auf den Todesfall war die daran interessierte Kirche. So entwickelte sich der Treuhänder bei Seelgift (donatio pro anima) und war ein sehr häufiger Treuhändertypus (meist Kleriker [5]).

Im 12. Jahrhundert kamen die Testamente in Deutschland in Gebrauch. Zunächst bildeten sie freilich nur „Aggregate einzelner Vermächtnisse“ [6]. Da ihnen die Erbeinsetzung, das caput et fundamentum testamenti nach römischer Anschauung, fehlte, so war die Fortdauer des Institutes der Salmannen Bedürfnis. Man brauchte den Salmann nach wie vor zur Schaffung eines gewillkürten Erben, was übrigens den nächsten gesetzlichen Erben gegenüber vorerst noch

[1] Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7 S. 423.

[2] Schultze, Langob. Treuh. S. 48; Stobbe, Bd. 7 S. 424; Stobbe, Privatr. V S. 264.

[3] Schultze S. 6 ff. 38. [4] Schultze, S. 45 ff.

[5] Schultze, S. 47 ff.; Stobbe, V S. 264 Blanko-Vergabungen; Beseler, Erbverträge I S. 287.

[6] Beseler, Erbverträge I S. 285, Zeitschr. S. 145; Pauli S. 306.

unmöglich war. Vermächtnisse betrachteten die Erben als Eingriff in ihre Erbrechte und bekämpften [1] sie meist. Da eine Verpflichtung für die Erben, die Vermächtnisse auszuführen, nicht bestand, so war eine Mittelsperson nötig, um für die Ausführung der im Testament getroffenen letztwilligen Verfügungen zu sorgen. Selbst nachdem die Erbeinsetzung im Testament üblich geworden war und so die Hauptaufgabe der Treuhänder in Wegfall kam, im Testamentserben auch eine zur Ausführung des letzten Willens verpflichtete Person vorhanden war, wurden auch noch fernerhin Treuhänder im Testamente ernannt zum Zwecke der Sicherung des letzten Willens. Die Gegnerschaft der gesetzlichen und gewillkürten Erben gegen letztwillige Vergabungen war nach Rezeption der Grundsätze der Universalsukzession und der Repräsentation des Erblassers durch den Erben dieselbe geblieben. Die Gründe für die Aufstellung einer Vertrauensperson waren dieselben, wie teilweise auch noch jetzt, Mißtrauen gegen die Erben oder Zweifel an deren Fähigkeit zu ordnungsmäßiger Verteilung des Nachlasses.

Der Salmann des germanischen Rechtes, die ehemalige Mittelsperson bei Vergabungen auf den Todesfall, hat sich so allmählich zum Beschützer des erblasserischen Willens gegen Angriffe der Erben oder Dritter, zum Testamentsvollstrecker entwickelt. Früher durch Vertrag berufen wird er dies jetzt einseitig durch Testament.

II. Wohl ist auch dem römischen Recht die Treuhänderschaft als Rechtsträgerschaft in fremdem Inter-

[1] Schultze S. 50.

esse [1] nicht unbekannt, wie familiae emtor, fiducia im technischen Sinne, fiducia cum amico, fiducia cum creditore und adstipulatio zeigen [2]. Inhaltlich waren jedoch germanische und römische Treuhänderschaft verschieden [3]. Die eigentliche Testamentsvollstreckung ist dem römischen Rechte fremd geblieben. Für die Ausbildung eines besonderen Institutes der Testamentsvollstreckung fehlte es bei dem eigentümlichen Testamentserbrecht am Bedürfnis, denn im Erben war ein Vollzieher des letzten Willens vorhanden. Wo beim Erblasser Mißtrauen gegen die Erben vorlag, war die fiduciarische Erbeinsetzung eines Vertrauensmannes (Universalfideikommiß) ein geeignetes Mittel. cf. Ihering, Geist d. r. R. III Abt. 1 S. 247 ff.; Beseler Zeitschrift S. 174.

Manche erblicken freilich im familiae emtor [4] einen Testamentsvollstrecker. Der Testator bediente sich jedoch eines solchen nicht, um einen Testamentsvollstrecker zu haben, sondern um überhaupt testieren zu können [5]. Schließlich war der familiae emtor nur noch Sollennitätsperson bei der Errichtung des Testamentes und verschwand dann ganz, so daß auch der geschichtliche Zusammenhang fehlt.

Keime der Testamentsvollstreckung werden in einigen Digestenstellen erblickt [6], so in l. 96 § 3 D.

---

[1] Schultze, Treuhänder S. 3.

[2] Ders. S. 6. [3] Ders. S. 9 f.

[4] Sohm, Inst. S. 516; Glanvell, die letztwilligen Verfügungen nach gem. kirchlichen Rechte S. 192; Engelmann, bürgerl. Recht S. 774.

[5] v. Hollander, Kritische Vierteljahrschrift Bd. 45 S. 503/5.

[6] Goldfeld S. 79 ff.

de leg. I; 107 pr. h. t.; l. 88 § 1 D. de leg. II; l. 78 § 1 D. 36, 1; l. 3, 8, 9 D. 34, 1; ferner l. 12 § 4 D. 11, 7. Der Inhalt dieser Stellen läßt sich jedoch auf altbekannte römische Erscheinungen [1] (legatum sub modo, fideicommissum) bringen und diese Ansicht ist abzulehnen.

Ebensowenig sind als Vorläufer des Testamentsvollstreckers anzusehen die im späteren römischen Recht auftauchenden Mittelspersonen zur Realisierung von Zuwendungen an captivi und pauperes: c. 48 (49) C. I, 3; Nov. 131 cap. 11. Sie waren lediglich für einen bestimmten Fall ernannte Vertreter der Destinatäre [2] (als personae incertae) und können nur als ganz entfernte Berührungspunkte der Treuhand gelten. Für die Realisierung derartiger Zuwendungen an incertae personae bedurfte es besonderer Mittelspersonen, sie waren unter dem Einflusse der Kirche im römischen Rechte für zulässig erklärt worden. Die Institution hat nie weitere Ausbildung erhalten, sie blieb eine „sehr mangelhafte" und das spätere römisch-byzantinische Recht ist „auf halbem Wege stehen geblieben". cf. Zachariae von Lingenthal S. 165.

III. Was das kanonische Recht betrifft, so hat die Kirche im eigenen Interesse die Ausbildung und Anwendung des Treuhänderinstituts im Dienste letztwilliger Vergabungen, insbesondere der Seelgeräte, nach Kräften begünstigt. Wo ein Kleriker Treuhänder

[1] Seckt S. 12; Deutsch S. 18 f., 21 f., 26 ff.; Sturm, Testamentsvollstrecker nach BGB. S. 3 ff.

[2] Schultze, Langob. Treuh. S. 168 N. 4; Zachariae von Lingenthal, Geschichte des griech.-röm. Rechtes. 3. Aufl. S. 165.

war, wachte die Kirche über die Durchführung seiner Aufgaben und die Ausgestaltung der Pflichten des Treuhänders ist das Verdienst des kanonischen Rechtes [1].

IV. Nachdem das Institut des Testamentsvollstreckers im deutschen Rechte so tief Wurzel gefaßt hatte, hat es sich trotz der Rezeption des römischen Rechtes siegreich behauptet. Die Folge der isolierten Stellung gegenüber dem rezipierten römischen Rechte war, daß eine Menge Theorien die rechtliche Natur des Institutes zu erklären suchten. Gesetzesvorschriften darüber fehlten im gemeinen Rechte und in den Partikulargesetzgebungen waren solche nur in sehr beschränktem Maße vorhanden.

II. Kapitel.

I. Die über die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers aufgestellten Theorien.

A. Die für das gemeine und das preußische Recht aufgestellten Theorien.

1. Die Vormundschaftstheorie.

Sie ist die älteste. Die Wissenschaft hatte durch die Rezeption die Anlehnung an das deutsche Recht verloren und so war es naheliegend, das Institut an die römische tutela anzuschließen, um es mit dem

[1] Schultze, Langob. Treuh. S. 151 ff., 161 ff., 211 f.; Stobbe V S. 261.

römischen System in Einklang zu bringen. Nov. Leonis 68 aus dem 9. Jahrhundert bezeichnete die „Testamentsvollstrecker" als ἐπίτροποι — tutores. In ihren Aufgaben und ihrer Ausgestaltung hatten beide Institute manche Ähnlichkeit erlangt.

Vertreten[1] wurde die Theorie von Durantis, A. Faber 1608, Mevius 1664, Lauterbach 1668, Carpzov, von der Tübinger Juristenfakultät und in neuerer Zeit noch von Windscheid, Pand. III § 567, Heusler, Inst. II, S. 652. Ende des 18. Jahrhunderts wurde die Theorie aufgegeben und heute hat sie keinen Vertreter mehr.

2. Die Mandatstheorie.

Von ihr wurde die Vormundschaftstheorie verdrängt. Man nahm an, daß die Bestellung des Exekutor durch den Erblasser ein Mandatsverhältnis begründe. Diese Konstruktion beherrschte das preußische ALR. und das württembergische Landrecht Tit. 27, ferner fand sie auch im österreichischen und französischen Recht Vertretung cf. Unger § 27 Anm. 7; Le Fort S. 53. Ihre Vertreter waren insbesondere Cocceji, Thibaut, Mühlenbruch, Sintenis und Puchta. Die Theorie wurde zuerst von Beseler, Zeitschr. Bd. 9 S. 166 ff. angegriffen und als unhaltbar nachgewiesen und jetzt ist sie gleichfalls aufgegeben. Ein Anklang, aber kein Rückfall, wie Sturm S. 85 meint, ist § 2218 BGB. cf. Strohal I, 292. Marcus S. 71.

3. Die Arbitertheorie.

Danach ist der Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter anzusehen. Die Theorie stammt ebenfalls aus

[1] Meischeider S. 454.

dem kanonischen Recht und bezog sich auf einen besonderen Fall. Sie wurde von Beseler S. 171 widerlegt und ist jetzt bedeutungslos.

4. Die Legatstheorie.

Koch, Preuß. Erbrecht S. 339 bezeichnet die Testamentsvollstreckung als eine Art des Vermächtnisses, verkennt dabei aber ihr Wesen völlig. Das Vermächtnis setzt eine Vermögenszuwendung aus dem Nachlaß an den Legatar voraus; der Testamentsvollstrecker erlangt aber doch nur ein Verfügungsrecht und kann, sofern der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, nach § 2221 eine angemessene Vergütung verlangen.

5. Die Theorie der formellen Repräsentation.

Ihr Begründer ist Beseler [1]. Er wies darauf hin, daß bei der Testamentsvollstreckung eine dem römischen Recht unbekannte Erweiterung der Testierfreiheit vorliege. Es liege eine formelle Repräsentation des Erblassers durch den Exekutor im Gegensatz zu der materiellen durch den Erben vor. Die Unhaltbarkeit dieser Scheidung wurde wiederholt nachgewiesen und Beseler selbst hat die Schwächen der Theorie erkannt besonders im Verhältnis des Exekutor zu den Erben. Die Lehre fand nur wenig Anklang. Nur Meischeider S. 462 und Rüger S. 469 halten daran fest. Jedenfalls hat Beseler das Verdienst die deutschrechtliche Natur des Instituts wieder zur Geltung gebracht und es zuerst ausschließlich als Institut eigener Art behandelt zu haben.

[1] Privatrecht S. 680 f.

6. Die Stellvertretungstheorien.

Sie kamen um die Mitte des 19. Jahrhunderts zur Geltung. Nach der einen Meinung vertrete der Testamentsvollstrecker den Erben auf Grund einer vom Erblasser letztwillig erteilten Vollmacht (Hinschius, Förster, Gerber, Unger, Gruchot); nach der andern (insbesondere Dernburg) sei er Vertreter des Nachlasses. Ähnlich Sturm in seiner älteren Abhandlung.

Eine einheitliche Auffassung hat sich bei der Verschiedenheit der Theorien in der Praxis des gemeinen und preußischen Rechtes nicht gebildet. Die einen Entscheidungen vertraten die Mandatstheorie, andere erklärten den Testamentsvollstrecker für einen Vertreter des Erben [1], wieder andere des Nachlasses.

B. Die für das geltende Recht aufgestellten Theorien.

Auch jetzt herrscht noch große Meinungsverschiedenheit. Von den früheren Theorien kommen noch in Betracht die, welche im Testamentsvollstrecker den Vertreter des Nachlasses oder des Erben erblicken.

1. Zur Erbenvertretungstheorie bekennen sich hauptsächlich: Binder I S. 196, II S. 105 ff., III S. 379 N. 18, Brettner S. 227, Cosack II S. 808, Böhm S. 177, Wilke S. 195, Weismann S. 74, 76, Scherer S. 296, Arnold S. 38, Goldfeld S. 82, 92, Enneccerus-Lehmann II S. 812, Jäger S. 40 N. 14, Rosenthal S. 23, 60 ff., Seuffert N. 2 c vor § 50. Brettner definiert den Testamentsvollstrecker als gesetzlichen Vertreter des Erben innerhalb der ihm zugewiesenen Rechtsmacht mit bestimmten Besonderheiten. Als solche

[1] RG. Bd. 9, 210; 16, 189; 28, 296.

werden hervorgehoben: der Testamentsvollstrecker dürfe seine Stellung einseitig aufgeben, nicht so der gesetzliche Vertreter; letzterer habe die Vertretung in allen Prozessen, nicht aber der Testamentsvollstrecker; während der Dauer der Vertretung sei ein Prozeß zwischen gesetzlichem Vertreter und Vertretenem unmöglich, zwischen Testamentsvollstrecker und Erben sei ein solcher möglich. Der Testamentsvollstrecker sei kein gesetzlicher Vertreter im Sinne der CPO. Nach Cosack und Oertmann [1] (ähnlich auch Enneccerus und Goldfeld) ist der Testamentsvollstrecker Vertreter des Erben in bezug auf den Nachlaß.

Nach Jäger und Böhm ist dem Erben, soweit das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers reicht, die Verfügung untersagt und insoweit der Testamentsvollstrecker Vertreter des Erben als Subjekt eines Sondervermögens. Mit dieser Auffassung sei auch wohl vereinbar [2], daß die Rechtshandlungen des Testamentsvollstreckers Nachlaßverbindlichkeiten und Nachlaßrechte erzeugen.

Unger in Buschs Zeitschr. Bd. 37 S. 452 bezeichnet die Testamentsvollstreckung als eine besondere Art gewillkürter Vertretung von einem andern, als dem Vertretenen, angeordnet und mit gesetzlich bestimmtem, durch Privatwillkür aber abänderbarem Inhalt.

Schlossmann II § 55 erklärt den Testamentsvollstrecker, sofern ihm Verwaltung übertragen ist, für einen dem Erben oktroyierten Vertreter und bezeichnet dies als eines der Vertretungsverhältnisse mit direkter Vertretungswirkung, die sich der mittelbaren Vertretung nähern.

---

[1] Archiv für bürg. Recht 14 S. 382/3.

[2] gegen Dernburg, Preuß. Privatr. III § 164 II.

2. Die Theorie der Testamentsvollstrecker sei Vertreter des Nachlasses zählt zu ihren Anhängern Hellwig, Windscheid-Kipp § 567, Eccius, Kohler. Dernburg ist für das BGB. hier nicht mehr zu nennen. cf. Erbrecht S. 378 ff.

Eccius konstruiert die Nachlaßverwaltung durch den Testamentsvollstrecker als eigentümliche juristische Persönlichkeit, die Verwaltung werde als Rechtssubjekt fingiert mit besonderem Kreis von Aktiven und Passiven.

Kohler S. 751 erklärt den Nachlaß für eine der stillschweigenden juristischen Persönlichkeiten, die es außer den ausdrücklich im BGB. geregelten, Verein und Stiftung, gebe. Der Testamentsvollstrecker vertrete einen Dritten, dies sei der Nachlaß.

Hellwig [1] erblickt im Nachlaß ein „selbständiges Sondervermögen". Dies sind nach seiner Ansicht alle Vermögensmassen als solche, deren Verwaltung ihrem Subjekt entzogen und einem Verwalter übertragen ist, der die Verwaltungshandlungen im Namen der Masse vorzunehmen hat. Die Masse gehöre einer bestimmten Person und sei deshalb keine juristische Person, trotzdem aber werde sie gleich einer solchen behandelt, solange als die separatio bonorum daure. Mit der Ausschließung des Verwaltungsrechts des Vermögensubjektes gehe Hand in Hand die Organisation einer Verwaltung, die den Eintritt des Sondervermögens als geschlossener Einheit in den Rechtsverkehr ermögliche. Vertreter des Nachlasses als selbständigen Sondervermögens sei der verwaltungsberechtigte Testamentsvollstrecker. Stehe die Verwaltung dem

[1] Anspruch § 33, Rechtskraft S. 37, Lehrbuch I S. 301 ff.

Erben zu, können die Befugnisse § 2208 II. 2223 nur als ein dem Testamentsvollstrecker suo nomine zustehendes Recht derselben Art aufgefaßt werden, wie sie bei demjenigen begegne, der Vollziehung einer Auflage verlangen könne.

Auch Sturm ist hier zu erwähnen. Er erklärt die Testamentsvollstreckung als ein positives Institut, das auf der germanischen Treue über den Tod hinaus beruhe, die der Staat schütze und gesetzlich regle. Er lehnt die Vertrags- und Stellvertretungstheorien ab; das Institut gebe dem Testamentsvollstrecker das Recht und die Pflicht zum Zwecke der Vollziehung des letzten Willens den Nachlaß zu vertreten. Eine technische Vertretung kann damit nicht gemeint sein, denn er lehnt sie ab, indem er die Testamentsvollstreckung für ein positives Institut ohne jede Analogie erklärt. S. 37. 59. 73.

3. Als Vertreter des Erblassers bezeichnen den Testamentsvollstrecker Meischeider S. 464 und Rüger S. 469. Darin liegt wieder die formelle Repräsentation, wie sie Beseler aufgestellt hat. Nach Borcherdt S. 446/7 sei der Testamentsvollstrecker als Repräsentant des Erblassers anzusehen, nur in einzelnen rechtlichen Beziehungen und zwar besonders im Verhältnisse zum Erben sei er als Beauftragter des Erben anzusehen.

4. Die herrschende Meinung, wie sie zurzeit in Literatur und Praxis vertreten wird, lehnt vor allem die Annahme einer Vertreterstellung des Testamentsvollstreckers ab. Die Stellung des Testamentsvollstreckers wird als Amt in privatrechtlichem, nicht in öffentlichrechtlichem Sinne aufgefaßt. Dieser Begriff wird auch vom BGB. gebraucht. Damit werde die zivilrechtlich

selbständige Stellung gegenüber den Erben ausgedrückt. Der Testamentsvollstrecker habe seine Befugnisse zu eigenem Recht, er übe sie in eigenem Namen aus auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens des Erblassers und zum Zweck der Vollziehung dieses Willens. So Planck N. 2 Vorb. zu § 2197; Strohal I S. 295; Frommhold § 2202; Marcus S. 57; Dernburg S. 379; Matthias II S. 524; Neumann § 2212 N. 2; Kuhlenbeck § 2212 N. 1; Förster S. 174; Peiser S. 233; Siegert S. 26; Schmid S. 82, 116; Fiebig S. 33. Endemann III S. 221, 230; Reincke CPO. § 327; Gaupp-Stein Vorb. I c zu § 50; Begründung zu § 293 e (327) CPO. S. 111; RG. Bd. **32**, 152; **56**, 330; **59**, 345; **61**, 145; J. W. 09 S. 52. Kammergericht Bd. **22** A S. 59; **24** A S. 109; **27** A S. 148, 195; OLG. Dresden R. **13**. Bd. S. 130; OLG. Hamburg Seufferts Archiv Bd. **57** S. 415; OLG. Hamburg R. Bd. **4** S. 122; OLG. Colmar R. Bd. **4** S. 437.

5. Seckt hat für den Testamentsvollstrecker den Begriff „Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers" aufgestellt und lehnt den Vertreterbegriff ab. S. 28. Er faßt das Ergebnis der Erörterung zusammen wie folgt: „Der Organbegriff hat überall da statt, wo jemand für ein rechtlich anerkanntes (zum Rechtsubjekt erhobenes oder nicht subjektiviertes) Interesse (allgemeinen oder privaten Charakters), das einen greifbaren physischen Träger und Vertreter entweder (nach der Natur der Sache überhaupt) nicht oder noch nicht oder nicht mehr hat, in einer der technischen Stellvertretung fremden Selbständigkeit tätig wird." Der Testamentsvollstrecker stehe als O r g a n im Dienste eines Interesses, das von der Rechtsordnung als das Einzelindividuum über-

dauernd pietätvoll geachtet und geschützt werde: es sei das Interesse des verstorbenen Erblassers an der Vollziehung seines Willens. S. 24.

Dieser Theorie schließt sich an Schaller S. 7. Sonst hat die Konstruktion wenig Anklang gefunden. Diese Ausdehnung widerspricht dem Organbegriff. Nur die juristische Person hat Organe im Rechtsinne: Gierke, Genossenschaftstheorie S. 615. Strohal I S. 295 N. 8 sagt mit Recht, dies sei ein Bild, aber keine juristische Konstruktion.

6. Weiterhin findet sich die Ansicht vertreten, der Testamentsvollstrecker nehme nach BGB. eine Doppelstellung ein. Nach Wilke Vorb. zu § 2197 bekleidet der Testamentsvollstrecker einen Vertrauensposten kraft Berufung des Erblassers, in Unabhängigkeit von dem Erben, als Amt; insoweit die Verfügungsbeschränkung des Erben reiche, sei der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter des Erben als nicht prozeßfähiger Partei. Seuffert Vorb. 2 c zu § 50 erklärt den Testamentsvollstrecker mit Verwaltungsbefugnis in den Fällen der §§ 2212. 2213 als Vertreter des Erben in Ansehung des seiner Verwaltung unterstellten Nachlasses, im Falle des § 2208 II als Partei kraft eigenen Rechtes, im Falle der §§ 2222 und 2223 als Vertreter des Nacherben und Vermächtnisnehmer. Weissler S. 179 sieht im Testamentsvollstrecker, soweit er den Nachlaß verwalte, den Vertreter des Erben, im übrigen ein „Organ vorbeugender Rechtspflege".

Landsberg § 317 S. 1202 unterscheidet in der Stellung des Testamentsvollstreckers privatrechtliche und amtsrechtliche Bestandteile. Als erstere erscheine die ihm zustehende gesetzliche Vertretung aller an der

Ausführung der Verfügungen von Todes wegen und aller an der Auseinandersetzung beteiligten Personen, die Vertretungsmacht wirke aber stets nur in Ansehung des Nachlasses; als letztere erscheine die Macht und Pflicht des Testamentsvollstreckers in eigenem Namen alle Maßregeln zu treffen, die sein Amt mit sich bringt. Das amtsrechtliche Element trete namentlich da hervor, wo das privatrechtliche nicht hinreichen würde.

Marschner S. 40 f. schließt sich der Theorie von Hellwig an, für die übrigen Aufgaben des Testamentsvollstreckers vertritt er die Amtstheorie.

Staudinger-Herzfelder S. 442 unterscheidet: In jedem Falle sei der Testamentsvollstrecker Inhaber eines Amtes; insoweit er die Verwaltung des Nachlasses nicht habe, sei seine Rechtstellung hierauf beschränkt; soweit er verwaltungsberechtigt sei, sei er gleichzeitig auch Vertreter des Erben in Ansehung der seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände und wenn der ganze Nachlaß seiner Verwaltung unterstehe, aller den Nachlaß bildenden Rechte und Pflichten, da deren Ausübung und Erfüllung ihm an Stelle des Erben obliege.

7. Ebenfalls gegen die Vertretungstheorie wendet sich Schultze in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 1 ff. mit seiner eigenartigen Theorie. Er spricht dem Testamentsvollstrecker ein begrenztes dingliches Recht am Nachlaß als einem Vermögensinbegriff zu. S. 73 ff. Es sei ein Recht besonderer Art, dessen Inhalt freilich sehr ausgedehnt sei. Der sachlichen Ausdehnung des Rechtes gebe seine, in den Regelfällen sogar recht enge, zeitliche Begrenztheit ein Gegengewicht. Einem solchen Rechte stehe der numerus clausus der dinglichen Rechte

nicht entgegen, derselbe bestehe zwar formell, aber nicht materiell.

Diese Theorie ist abzulehnen, weil die als Beispiele S. 26 erwähnten Rechte einen so ausgesprochenen erbrechtlichen oder familienrechtlichen Charakter tragen, daß der diesen Rechten anhaftende sachenrechtliche Charakter nicht ausreicht, hier von außerhalb des 3. Buches stehenden, besonders gearteten dinglichen Rechten zu sprechen. Planck III S. 7; Arnold S. 22 und 23; Jeglinsky S. 26.

Außerdem stünde dieser Annahme der nach BGB. formell und materiell bestehende numerus clausus der dinglichen Rechte entgegen. Die Verneinung des materiellen Bestandes des numerus clausus ist nicht gerechtfertigt. Sachenrechte an einem Vermögensinbegriff gibt es nach BGB. nicht [1]. Objekt des Sachenrechtes ist immer eine individuelle Sache oder ein Recht. Die einzelnen Sachen können allerdings einen Inbegriff bilden, in diesem Sinne spricht § 1035 von einem Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen. § 1085 spricht vom Nießbrauch an einem Vermögen, der aber nur in der Weise bestellt werden kann, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers bezieht sich auf Rechte aller Art, durchaus nicht allein oder auch nur hauptsächlich auf Rechte an Sachen. Demnach kann das Recht des Testamentsvollstreckers zwar als ein absolutes sui generis, nicht aber als dingliches Recht bezeichnet werden [2].

[1] Planck, I S. 161 N. 4 und 6, III S. 460 N. 1.
[2] Hellwig, Lehrb. I S. 323.

II. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers: Partei oder Vertreter?

Durch die ausführliche Regelung des BGB. ist die Konstruktionsfrage für das materielle Recht nur noch von untergeordneter Bedeutung, insofern die Mehrheit der alten Streitfragen nunmehr erledigt ist.

Auf prozessualem Gebiete ist es dagegen wie beim Konkurs-, Nachlaß- und Zwangsverwalter von prinzipieller Bedeutung, ob der Testamentsvollstrecker, wenn er in dieser Eigenschaft einen Rechtstreit führt, Vertreter des Erblassers, des Erben, des Nachlasses als juristischer Person oder als Sondervermögen, oder als Inhaber eines eigenen Rechtes Partei kraft Amtes ist. Für welche Fragen dies von Bedeutung ist, ergibt sich aus dem im III. Kapitel unter II Ausgeführten.

Die Literatur hat die Annahme, daß der Testamentsvollstrecker Vertreter des Erblassers sei, so ziemlich einstimmig mit Recht abgelehnt. Ein Verstorbener kann im Rechtsinne nicht mehr vertreten werden [1].

Das BGB. gibt keine Definition des Vertreters, sondern bestimmt in § 164 nur, daß die vom Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgegebene Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Die Vertretungsmacht, innerhalb welcher der Vertreter handelt, kann ihm zustehen auf Grund des Willens des Vertretenen, dies ist der Fall der gewillkürten Vertretung (Vollmacht), oder sie kommt dem Vertreter zu auf Grund des Gesetzes, ohne Rücksicht auf den Willen des Vertretenen (ge-

[1] Strohal, I S. 293, Seckt S. 20, Binder III S. 380 N. 17.

setzliche Vertretung). Es gibt lediglich diese zwei Arten von Vertretung, weitere sind logisch nicht denkbar. Nicht zu billigen ist die Ansicht [1], daß auch derjenige gesetzlicher Vertreter sei, dessen Berufung auf dem Willensakte einer Privatperson beruht, gleichviel ob der Umfang seiner Befugnisse gesetzlich fixiert ist oder nicht. Nur derjenige ist gesetzlicher Vertreter, der seinen Titel im Gesetz bezw. in der Willenserklärung des das Gesetz ausführenden Organs findet. Dies ist herrschende Ansicht [2]. Im Begriff des Vertreters liegt, daß der Vertreter das Interesse des Vertretenen zu wahren hat.

Die Motive S. 236 sprechen aus, daß die Auffassung des 1. Entwurfs, wonach der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter des Erben sei, eine Abweichung von den für die gesetzliche Vertretung im allgemeinen geltenden Rechtsnormen bedeute, jedoch solle die Abweichung mit dem Wesen der gesetzlichen Vertretung nicht im Widerspruch stehen. Das Widerspruchsvolle dieser Auffassung zeigt das Bestreben, derselben den Charakter der Anomalie zu nehmen.

Daß der Testamentsvollstrecker seinen Titel nicht wie der Inhaber der elterlichen Gewalt oder der Vormund auf Grund des Gesetzes oder der Anordnung der Behörde, abgesehen von § 2200, erlangt, ist nicht zu bestreiten. Ein Grund für eine gesetzliche Ver-

[1] Levy, Verh. des 21. D. Juristen-Tages III S. 240; Siegert S. 19, Leonhard, Allg. Teil S. 312, Schleifer S. 43.

[2] Gierke III S. 225; Hartmann, Verh. des 21. D. Juristen-Tages I S. 6; Gaupp-Stein § 51 IV, RG. in Seuff. Archiv Bd. 11 n. F. No. 32, Wach I S. 587, Schmidt S. 284, Jeglinsky S. 17.

tretung liegt in gar keiner Weise vor. Von einer relativen Prozeßunfähigkeit des Erben, wie sie Petersen S. 30 ff. vertritt, kann unmöglich gesprochen werden; dem Erben fehlt wie dem Gemeinschuldner lediglich die Befugnis über den Nachlaß zu verfügen, nicht die Fähigkeit hiezu, für Passivprozesse ist zudem seine Legitimation ausdrücklich durch § 2213 anerkannt [1]. Zu beachten ist ferner, daß der Testamentsvollstrecker den Erben nicht unbeschränkt verpflichten kann, wie dies beim gesetzlichen Vertreter der Fall wäre, sondern er kann nach § 2206 nur Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen, soweit dies zur ordnungsmäßigen Verwaltung nötig ist [2]. Für Nachlaßverbindlichkeiten haftet der Erbe eventuell nur beschränkt; dieselben sind nach § 224 Nr. 5 KO. Masseschulden.

Daneben sprechen noch eine Reihe prozessualer Gesichtspunkte gegen die Annahme einer Vertreterstellung des Testamentsvollstreckers. So sind eine Reihe von Prozessen zwischen Erben und Testamentsvollstrecker möglich, z. B. nach § 2206 II und 2208 II, ferner ist nach § 2213 eine Klage gegen den Testamentsvollstrecker und den Erben zulässig. Mit Recht bezeichnet Schultze S. 69 letzteres bei der Auffassung des Testamentsvollstreckers als gesetzlichen Vertreters als prozessuales Monstrum. Insbesondere ist auch zu beachten, daß der Testamentsvollstrecker nach § 748 der Klage selbständig Einwendungen entgegenhalten

[1] Struckmann-Koch § 52 N. 3; Seckt S. 78; Gaupp-Stein, Vorb. II zu § 50, § 51 III C; Fuchs in Gruchots Beiträgen 38 S. 359.

[2] Schultze S. 67, Peiser S. 195, 233, André S. 21.

darf. Dies weist darauf hin, daß er nicht bloß gesetzlicher Vertreter ist, sondern eine anders geartete Stellung hat.

Bei Prozessen mit dem Erben stünde auf beiden Seiten des Prozeßrechtsverhältnisses dieselbe Partei und dies ist nach dem fundamentalen prozessualen Satz ausgeschlossen, wonach zwei verschiedene Parteien sich gegenüberstehen müssen, niemand mit sich selbst prozessieren kann: Gaupp-Stein Vorb. III zu § 50, Bunsen S. 210. — Cosack S. 809 bestreitet dieses Prinzip unter Hinweis auf § 181 BGB. und schlägt vor, für diese Fälle von der Vertretung abzusehen, ebenso Seuffert Vorb. 2 c zu § 50. Brettner erklärt dies für eine der „Besonderheiten" dieses gesetzlichen Vertreters. Diese Ausnahme für die Prozeßführung ist ein schlagender Beweis für die Unhaltbarkeit der Ansicht. Bei der Annahme, der Testamentsvollstrecker sei gesetzlicher Vertreter, wäre es für jeden Prozeß von Erheblichkeit, ob der vom Testamentsvollstrecker als Kläger Bezeichnete wirklich auch Erbe ist. Käme der als Erbe Bezeichnete während des Prozesses in Wegfall, so müßte wegen eingetretenen Mangels der Sachlegitimation auf Seite des Klägers oder Beklagten Klagabweisung erfolgen. Vorschriften i. S. d. § 239 oder 265 fehlen für diesen Fall. Mit Rücksicht auf § 327 CPO. ist die Möglichkeit für den Erben, als Zeuge oder Nebenintervenient im Prozesse auftreten zu können, von Interesse. Dies setzt voraus, daß der Testamentsvollstrecker nicht sein Vertreter und er damit nicht selbst Partei ist. Auch der Wortlaut des § 327 CPO. ist mit der Vertretereigenschaft des Testamentsvollstreckers unvereinbar, ebenso § 2206 BGB., wonach der Testamentsvollstrecker die Einwilligung des Erben

verlangen kann; um Einwilligung handelt es sich nur bei Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht. Auch die frühere Klagemöglichkeit gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2213 II ist mit der Vertretereigenschaft schwer vereinbar, sowie das jederzeitige Kündigungsrecht des Testamentsvollstreckers nach § 2226.

Die erwähnten Schwierigkeiten sucht die Ansicht zu umgehen, welche dem Testamentsvollstrecker eine Doppelstellung zuschreibt. Soweit seine Verwaltung reiche, sei er Vertreter; soweit er den Erben zur Ausführung des letzten Willens anhalte oder die Auseinandersetzung bewirke, handle er in seines Amtes Dienste. Danach ist der Testamentsvollstrecker in den letzten Fällen Partei, nicht Vertreter des Erben, somit die Prozeßführung zwischen beiden möglich. Freilich unterläßt es Weissler, die andere Konsequenz zu ziehen, daß der Testamentsvollstrecker, soweit er verwaltet, als Vertreter der Erben nur im Namen der Erben im Prozeß auftritt, vielmehr bezeichnet er die Erben als Prozeßpartei, obwohl sie nicht namentlich aufzuführen seien, vielmehr die Bezeichnung des Nachlasses genüge. Daß der Testamentsvollstrecker nicht gegen die Erben im Prozeß vorgehen könne, bestreitet Weissler auf Grund des § 2206. Wo es sich um Nachlaßverbindlichkeiten handelt, hat der Testamentsvollstrecker als verwaltender Testamentsvollstrecker nach Weissler die Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters, also stände auf beiden Seiten dieselbe Partei. Ein weiterer Widerspruch Weisslers liegt in der Behauptung, der Testamentsvollstrecker könne den Erbschaftsanspruch geltend machen, natürlich immer ohne Verbindlichkeit für die Erben, und der Erbe habe die Nebenintervention in den Prozessen des Testamentsvollstreckers.

Diese Widersprüche und die gegen die Annahme einer Vertreterstellung vorliegenden Gründe sprechen gegen die Aufstellung einer solchen Doppelstellung. Zur Vereinfachung der Situation dient diese Ansicht nicht.

Der Versuch Arnolds S. 25 die Möglichkeit der Prozesse zwischen Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben und dem Erben dadurch zu retten, daß er im Erben auf Grund der separatio bonorum zwei Rechtssubjekte erblickt, ist als mißlungen anzusehen. Eine separatio bonorum wie bei der Nachlaßverwaltung § 1976 liegt nicht vor. Der Erbe ist Subjekt seines Vermögens und des Nachlasses in einer Person, und zwischen beiden Massen sind Prozesse unmöglich.

Für die Auffassung von Eccius und Kohler, daß der Nachlaß eine juristische Person sei, fehlt im Gesetz jeglicher Anhalt. In diesem Falle wäre allerdings der Testamentsvollstrecker in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters dieser juristischen Person.

Dasselbe gilt von der Auffassung Hellwigs, der Nachlaß bilde unter der Voraussetzung, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung zustehe, ein selbständiges Sondervermögen, das, solange die Trennung vom freien Vermögen dauere, gleich einer juristischen Person behandelt werde. § 50 II CPO. spricht nicht für, sondern gegen Hellwig; eine solche Ausnahmestellung, wie sie dort der nicht-rechtsfähige Verein erhält, kann nicht auf Grund der Analogie für den Nachlaß beansprucht werden, dazu hätte es ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung bedurft. Auch § 49 II BGB. kann nicht beigezogen werden, er ist gleichfalls eine Ausnahmebestimmung. Im Gegensatz zum Nachlaß hatte der aufgelöste Verein doch wenigstens

früher Rechtsfähigkeit besessen. Eine entsprechende Ausnahmebestimmung fehlt eben für den Nachlaß. Mit Recht bezeichnet es Gaupp-Stein I S. 134 als ein ungesundes, längst abgelehntes Verfahren, jedes Rechtsobjekt zum Rechtssubjekt zu machen, wenn es sich in einer besonderen Rechtslage befinde, damit würden nur juristische Zwitter geschaffen.

Binder[1] weist darauf hin, daß die Anhänger der Vertretungs- und der Eigenrechtstheorie im Begriff der Vertretung nicht übereinstimmen, es somit am tertium comparationis fehle. Dieser Begriff sei ein rein dogmatischer, nur von der Rechtslehre aufgestellter, ohne jedes a priori. Der Angelpunkt des Problems sei folgender: ob man unter Stellvertretung jedes rechtsgeschäftliche Handeln mit Wirkung für einen andern zu verstehen habe, gleichgültig, was der Tatbestand sei, an den die Rechtsordnung diese Wirkung knüpfe, oder nur das Handeln mit Wirkung für einen andern, das auf Grund eines besonderen Tatbestandes, der hier nicht näher beschrieben werden könne, diese Wirkung äußere. Unter Zugrundelegung der ersteren Auffassung bejaht Binder die Vertretereigenschaft.

Die Ansicht, daß der Testamentsvollstrecker die Stellung eines gesetzlichen Vertreters habe, ist aus den oben erwähnten Gründen zweifellos nicht haltbar. Es kommt weiter in Betracht, daß diese Ansicht auf die Fälle der §§ 2222, 2223 und die übrigen Befugnisse des Testamentsvollstreckers gar nicht paßt. Welche Stellung der Testamentsvollstrecker hiebei ein-

[1] Bd. III S. 380/1 und Krit. Vierteljahresschrift 3. Folge Bd. X S. 351.

nimmt, bleibt ohne Erklärung. Auch der Begriff des gewillkürten Vertreters scheidet aus, denn der Testamentsvollstrecker leitet seine Stellung nicht von einem Willensakt des Erben ab. Der Testamentsvollstrecker hat keineswegs lediglich die Interessen der Erben zu wahren, und die Wirkung seines rechtsgeschäftlichen Handelns ist nicht auf die Erben beschränkt. Der Testamentsvollstrecker hat die Interessen sämtlicher Nachlaßinteressenten zu wahren und gemäß den letztwilligen Verfügungen des Erblassers und dem Gesetz die ihm obliegenden Geschäfte abzuwickeln. Wo jemand, wie der Konkurs-, Nachlaß- und Zwangsverwalter, einen Komplex widerstreitender Interessen zu ordnen hat, kann er nicht einseitig als Vertreter eines Teils der Interessenten bezeichnet werden. Ob der eine oder andere Vertreterbegriff zugrunde gelegt wird: die Rechtstellung des Testamentsvollstreckers in ihrer Totalität läßt sich keinesfalls unter dem Gesichtspunkt der Stellvertretung erklären. Schließlich mag auch noch als letztes Gegenargument die geschichtliche Entwicklung des Instituts [1] erwähnt werden.

Eine einheitliche und befriedigende Lösung ergibt sich, wenn man die Rechtstellung des Testamentsvollstreckers dahin auffaßt, daß er seine Befugnisse zu eigenem Recht hat und sie in eigenem Namen ausübt auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens des Erblassers und zum Zwecke der Vollziehung dieses Willens [2]. Die Ausübung der Befugnisse erfolgt nicht

---

[1] Dernburg V S. 379, Gierke III S. 226, Seckt S. 30.

[2] cf. die Anhänger dieser Ansicht oben B. 4.

zu eigenem Vorteil, sondern im Interesse des Erblassers und der Überlebenden.

Derartigen Sachwaltern kommt im Prozesse die Parteistellung kraft Amtes zu. Unter dem Begriff Partei kraft Amtes sind von der neuen prozessualen Doktrin [1] eine Reihe von Persönlichkeiten eingeführt, für die der alte Parteibegriff zu eng ist, weil sie materiell vom Rechtstreit nicht berührt werden. Identität des formellen und materiellen Parteibegriffs ist nicht mehr erforderlich.

Gegen die Parteistellung des Testamentsvollstreckers wenden die Gegner hauptsächlich ein [2], daß der Testamentsvollstrecker im Falle des Unterliegens die Prozeßkosten persönlich tragen müßte. Diese Konsequenz lehnen die Vertreter der Amtstheorie jedoch mit Recht ab, indem sie darauf hinweisen, daß man die Stellung des Testamentsvollstreckers als solchen und als Privatperson auseinanderhalten muß, und daß die aus dem Prozeßrechtsverhältnis hervorgehenden Lasten vermögensrechtlicher Art (Kosten, Sicherheitsleistung) den Testamentsvollstrecker nur bezüglich des von ihm verwalteten fremden Vermögens, nicht bezüglich seines eigenen treffen [3]. Bei Auferlegung der Kosten an die unterliegende Partei ist die CPO. von einer materiell interessierten Partei

[1] Buschs Zeitschrift für d. Zivilprozeß: Stegemann, Bd. **17** S. 326 ff.; Bunsen, Bd. **26** S. 197 ff.; Kiehl, Bd. **30** S. 289 ff.; Gaupp-Stein Vorb. I c § 50. — A. M. Petersen Bd. **18** S. 15 ff.

[2] Petersen S. 39, Levy III S. 239.

[3] Bunsen S. 205, 212; Stegemann S. 375; Gaupp-Stein Vorb. IV vor § 91. Seckt S. 74, Schott S. 62. — A. M. Kohler, Ges. Beiträge zum Zivilprozeß S. 347; Marschner S. 82.

ausgegangen. Wo der Testamentsvollstrecker keine Verwaltung des Nachlasses hat, wird aber seine Haftung für die Prozeßkosten bejaht werden müssen, sonst könnte der Gegner nur soweit ein Verschulden des Testamentsvollstreckers vorläge durch einen weiteren Prozeß Ersatz bekommen. Wo der Erbe der Prozeßgegner des verwaltungsbefugten Testamentsvollstreckers ist, hat er, sofern der Testamentsvollstrecker für die Kosten nur mit dem Nachlaß haftet, die Kosten tatsächlich selbst zu tragen, es sei denn, daß er vom Testamentsvollstrecker unter dem Gesichtspunkte des Verschuldens später Ersatz beanspruchen kann. Dieses Ergebnis ist eben eine Folge der in der Anordnung einer Testamentsvollstreckung für den Erben liegenden Beschwerung. Aufwendungen, die der Testamentsvollstrecker für die Prozeßführung aus eigenen Mitteln gemacht hat, kann er nach § 2218 (670) vom Erben ersetzt verlangen.

Zu beachten ist, daß nicht alle Prozesse des Testamentsvollstreckers solche sind, die er in seiner Amtsstellung führt, und hier haftet er persönlich für die Prozeßkosten, mag ihm die Verwaltung des Nachlasses zukommen oder nicht; hier sind zu nennen Prozesse über die Verpflichtungen aus §§ 2215, 2218, 2219, 2221, in solchen ist er eben nur Privatperson [1].

Unbegründet ist der weitere Einwand infolge der Parteistellung seien Widerklagen aus der Person des Testamentsvollstreckers zulässig; er erlange für seine Person aus der Verurteilung das Vollstreckungsrecht und sein Tod habe die Wirkungen des § 239. Diese

[1] KG. Rechtsprechung 10, 303; Gaupp-Stein I S. 257 N. 28.

Folgerungen sind ohne weiteres hinfällig, wenn der Umstand beachtet wird, daß der Testamentsvollstrecker in diesen Fällen nur als solcher, nicht als Privatperson in Frage ist [1].

Schließlich noch eine Bemerkung über das Verhältnis der Partei kraft Amtes zum Vertreter des Nachlasses als Sondervermögen oder als juristischer Person. Ein praktischer Unterschied in den Konsequenzen besteht, abgesehen von Formalitäten, zwischen diesen Ansichten nicht. Es handelt sich im wesentlichen nur um eine Frage der Formulierung, die aber, wie schon erörtert, zugunsten der Amtstheorie zu entscheiden ist.

III. Kapitel.

Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung.

Bei der Verschiedenheit der Theorien war auch die prozessuale Stellung des Testamentsvollstreckers im früheren Recht sehr streitig [2]. Nachdem diese Theorien heute aufgegeben sind, kann eine Darstellung der für den Prozeß vertretenen Ansichten unterbleiben.

Das BGB. und die CPO. haben eine Reihe prozessualer Bestimmungen getroffen. Immerhin bleiben noch einige Streitpunkte übrig, zu denen auch die für

[1] Schmid S. 116.

[2] RG. **9**, 209; **16**, 140, 185; **25**, 292; **32**, 152.

den Prozeß prinzipielle Frage gehört, ob der Testamentsvollstrecker Partei oder Vertreter ist in den von ihm als Testamentsvollstrecker geführten Prozessen. Aus den im II. Kapitel unter II. dargelegten Gründen ist diese Streitfrage dahin zu entscheiden, daß der Testamentsvollstrecker als Partei kraft Amtes anzusehen ist.

Das BGB. hat einen Normaltypus des Testamentsvollstreckers aufgestellt, dem die drei Befugnisse zustehen: die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen, den Nachlaß zu verwalten und die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken §§ 2203—2205. Daneben läßt das Gesetz nach dem Willen des Erblassers auch Testamentsvollstrecker mit beschränkterem Machtkreis zu §§ 2208. 2209. Die Verwaltung des Nachlasses kann dem Testamentsvollstrecker auch als selbständige Aufgabe vom Erblasser nach §§ 2209. 2210 übertragen werden. Weiter ist die Ernennung eines Testamentsvollstreckers auch bloß für bestimmte einzelne Zwecke möglich. Es kann die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Nacherben oder die Sorge für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen einem Testamentsvollstrecker übertragen werden §§ 2222. 2223, cf. auch § 2338 Satz 2. Aber auch außerhalb dieser im Gesetze besonders normierten Fälle ist die Bestellung eines Testamentsvollstreckers zur Ausführung eines einzelnen Geschäftes möglich, das an sich dem Erben oder einem andern Nachlaßbeteiligten obliegen würde.

I. Die Fälle, in denen der Testamentsvollstrecker zur Prozeßführung legitimiert ist.

1. Die im Gesetz geregelten Fälle.

A. Aktivlegitimation in Nachlaßstreitigkeiten.

I. Nachlaßstreitigkeiten sind Streitigkeiten, welche die zum Nachlaß gehörigen Gegenstände und die gegen den Nachlaß gerichteten Ansprüche betreffen. Dazu gehören insbesondere alle Streitigkeiten über Nachlaßforderungen und Nachlaßverbindlichkeiten i. S. des § 1967, die vom Erblasser herrührenden und die den Erben als solchen treffenden Schulden, zu welchen auch die Verbindlichkeiten aus Handlungen des Testamentsvollstreckers gehören. § 2206.

II. Die gerichtliche Geltendmachung eines der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Rechtes, insbesondere also die Führung von Aktivprozessen, steht nach § 2212 ausschließlich dem Testamentsvollstrecker zu. Die Aktivlegitimation bildet eine notwendige Ergänzung des Verwaltungsrechts, ohne sie wäre eine zweckmäßige Verwaltung sehr fraglich. Böhm S. 270 kann nicht zugestimmt werden, wenn er den § 2212 neben § 2211 für überflüssig erklärt, denn prozessieren ist nicht gleich verfügen: Planck I S. 185, V § 2212 N. 1; Motive Bd. 1 S. 379, aber das Urteil kann den Erfolg einer Verfügung haben. Entscheidend ist, ob gerade das geltend gemachte Recht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, unerheblich, ob der ganze Nachlaß oder nur einzelne Gegenstände der Verwaltung unterstehen. Dem Erben fehlt die Sachlegitimation, er ist nicht

die rechte Partei, es fehlt ihm das Recht zur Prozeßführung. Solange das Recht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, besteht seine Aktivlegitimation; welchen Einfluß es hat, wenn die Verwaltungsbefugnis während eines Prozesses erlischt, wird unter II erörtert werden. Es hängt von der Beschaffenheit des Nachlasses ab, welcher Art die vom Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend zu machenden Rechte sind. Vor allem werden Ansprüche gegen Nachlaßschuldner in Betracht kommen. Zweifellos kann der Testamentsvollstrecker auch gegen den Erben, der wie ein Dritter Nachlaßschuldner sein kann, mit Klage vorgehen. A. M. Bunsen S. 267. Die ordnungsmäßige Verwaltung macht dem Testamentsvollstrecker unter Umständen die gerichtliche Geltendmachung zur Pflicht.

Das Verwaltungsrecht ist als Voraussetzung der Aktivlegitimation Teil des Klagegrundes, vom Testamentsvollstrecker zu behaupten und im Streitfalle zu beweisen. Als gerichtliche Geltendmachung ist jede Art der Rechtsverfolgung vor den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten und -behörden anzusehen. Dazu gehört Klage, Feststellungsklage RG. VII. Urt. 30. V. 05 in DJZ. 05 S. 814, Gruchot 50 S. 387, Mahn- und Arrestverfahren, einstweilige Verfügung, Zwangsvollstreckung, Widerklage, ferner einrede- und aufrechnungsweise Geltendmachung, Verteidigung gegenüber einer negativen Feststellungsklage. Der Testamentsvollstrecker ist befugt einen Vergleich abzuschließen, sowie auf den erhobenen Anspruch zu verzichten.

III. War die Kommission auch über die Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers einig, so ergaben sich doch Zweifel über die Wirkungen des in

einem solchen Prozeß ergehenden Urteils. Nach der einen Meinung war es den Zweck der Testamentsvollstreckung weit überholend und auch nicht durch das Interesse Dritter geboten, daß das Urteil Wirkung für und gegen den Erben bekommen solle. Mit Recht wurde dagegen geltend gemacht, es sei nicht einzusehen, weshalb der Testamentsvollstrecker zwar außerhalb des Prozesses, nicht aber innerhalb desselben den Erben solle binden können, außerdem sprächen Billigkeit und Zweckmäßigkeit, insbesondere die Rücksicht auf den Prozeßgegner dagegen, dem im Aktivprozesse des Testamentsvollstreckers ergangenen Urteile die Wirkung für und gegen den Erben zu versagen. Prot. V S. 289. 290. Letztere Erwägungen haben dann auch in § 327 CPO. Ausdruck gefunden, wonach ein Urteil, das zwischen einem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht ergeht, für und gegen den Erben wirkt. Die Voraussetzung ist wie in § 2212, daß das Recht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Der Erbe kann einredeweise geltend machen, daß das Urteil wegen mangelnder Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers für ihn wirkungslos sei. Für den Schuldner kann dies zur Folge haben, daß er nochmals leisten muß. Weist der Erbe die mangelnde Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers in dem früheren Prozesse über denselben Gegenstand nach, so ist für den Dritten die Einrede der Rechtskraft der Klage des Erben gegenüber ausgeschlossen. Selbst ein Irrtum des Testamentsvollstreckers über seine Aktivlegitimation wäre unerheblich. Der Dritte hat sonach die Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers genau zu prüfen.

IV. Daß die Prozeßführung des Erben insoweit, als die Legitimation des Testamentsvollstreckers reicht, dem Testamentsvollstrecker nicht entgegensteht, brauchte für die Aktivprozesse keiner ausdrücklichen Erwähnung, denn es folgt aus der Unabhängigkeit des Testamentsvollstreckers vom Erben § 2211 und aus der ausschließlichen Befugnis des Testamentsvollstreckers § 2212.

V. Nach § 728 II CPO. kann vollstreckbare Ausfertigung eines nach § 327 I wirksamen Urteils für und gegen den Erben erteilt werden, sofern seine Stellung als Erbe und, sofern es sich um eine Ausfertigung für ihn handelt, auch das Ende der Verwaltung des Testamentsvollstreckers bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, cf. auch § 792. Gegen den Erben kann die vollstreckbare Ausfertigung auch bei noch bestehender Verwaltung des Testamentsvollstreckers erteilt werden. Kann der nach §§ 727. 728 erforderliche Nachweis durch die erforderlichen Urkunden nicht geführt werden, so ist die Klage nach § 731 auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nötig. Zu beachten ist § 750 II.

Ein Vorbehalt der Beschränkung der Haftung im Urteil ist nach § 780 II nicht erforderlich, so daß es dem Erben möglich ist, gemäß §§ 781. 785 auf Grund der Beschränkung der Haftung Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung zu erheben. Ist die Haftung des Erben eine unbeschränkte, so unterliegt auch sein Privatvermögen der Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil.

Vollstreckbare Ausfertigung eines zugunsten des Testamentsvollstreckers ergangenen Urteils kann für

den Erben erst erteilt werden, nachdem die Verwaltung des Testamentsvollstreckers aufgehört hat. Dies ergibt sich aus dessen unbeschränktem Verfügungsrecht und seiner ausschließlichen Aktivlegitimation §§ 2211. 2212.

VI. Sofern der Testamentsvollstrecker im Prozesse als Partei kraft Amtes angesehen wird oder als Vertreter des Nachlasses als Sondervermögen oder als juristischer Person, ist eine streitgenössische Nebenintervention des Erben nach §§ 66. 69 (327) CPO. möglich, ebenso eine Hauptintervention des Erben nach § 64, wenn der Erbe die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bestreitet oder sich auf § 2217 beruft [1]. Eine Verpflichtung zur Streitverkündung an den Erben nach § 72 besteht nur insoweit für den Testamentsvollstrecker, als dies die Pflicht ordnungsmäßiger Verwaltung gebietet.

VII. Ist in einem Prozesse des Erblassers durch dessen Tod nach §§ 239. 246 Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens eingetreten, so endet dieser Zustand dadurch, daß der zur Führung des Rechtstreites berechtigte Testamentsvollstrecker nach §§ 243. 241 von der Annahme seines Amtes dem Gegner Anzeige macht oder dieser seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Testamentsvollstrecker anzeigt. Die Anzeige kann gegen den Testamentsvollstrecker abweichend von § 239 Abs. 5 auch schon vor der Annahme der Erbschaft erfolgen § 2213 II [2] und zwar

---

[1] Böhm S. 270; Gaupp-Stein § 66 II b, § 69 I, § 64 II c; Planck § 2212 Vorb. 3; Marcus S. 73; Brettner S. 225; Kuhlenbeck § 2212; Meischeider S. 506; Peiser S. 235; Motive S. 240; Prot. S. 296 H.

[2] Gaupp-Stein § 243 N. 1; Seuffert § 243 N. 2.

nach § 250 durch Zustellung eines Schriftsatzes. Ist der Erbe dem Testamentsvollstrecker mit der Aufnahme des Prozesses zuvorgekommen, so tritt keine neue Unterbrechung ein, der Testamentsvollstrecker ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, den Prozeß an Stelle des nach § 2212 nicht legitimierten Erben fortzusetzen [1].

VIII. Ist noch zu Lebzeiten des Erblassers ein Urteil zu seinen Gunsten ergangen, so kann der Testamentsvollstrecker, sofern der Erbe zu einer Verfügung über den Anspruch und zu dessen gerichtlicher Geltendmachung nach §§ 2211. 2212 nicht befugt ist, die Vollstreckungsklausel wie ein Rechtsnachfolger nach § 749 für sich verlangen. Der Testamentsvollstrecker muß jedoch nachweisen, daß der Nachlaß oder der konkrete Anspruch seiner Verwaltung unterliegt. Dazu dient das ihm nach § 2368 vom Nachlaßgericht zu erteilende Zeugnis. Auch hier kann die Klage nach § 731 nötig werden. Für die Zwangsvollstreckung ist § 750 zu beachten.

IX. Ist dem Testamentsvollstrecker oder dem Erben die vollstreckbare Ausfertigung zu Unrecht erteilt worden, so kann der Schuldner Einwendungen nach §§ 732 oder 768 erheben. Wird dem Testamentsvollstrecker die Ausfertigung verweigert, so kann er nach §§ 730. 576 die Entscheidung des Prozeßgerichts nachsuchen und hiegegen hat er die Beschwerde nach § 567.

X. Im Gesetz fehlt es an Bestimmungen für den Fall, daß der Testamentsvollstrecker gegen die Erteilung der Ausfertigung für den Erben oder dieser gegen

---

[1] Seuffert § 243 N. 2.

Erteilung für jenen Einwendungen im Vollstreckungsverfahren erheben will. Petersen und Seuffert [1] verneinen diese Möglichkeit. Gaupp-Stein [2] vertritt zwei Möglichkeiten: Beschwerde gemäß § 567 gegen die nach § 576 angerufene Entscheidung des Gerichtes; so ist eine einstweilige Anordnung i. S. des § 572 III möglich; oder Feststellungsklage und Eingriff in die Zwangsvollstreckung im Wege einstweiliger Verfügung. Für letzteres entscheiden sich auch Seuffert und Petersen [3], doch dürfte mit Gaupp-Stein die Beschwerde vorzuziehen sein.

XI. Nach § 217 KO. ist der Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses berechtigt. Die Eröffnung hat nicht die Aufhebung der Testamentsvollstreckung zur Folge [4], aber Verwaltung und Verfügung des Testamentsvollstreckers gehen auf den Konkursverwalter über § 6 II KO., so daß nach Analogie des § 240 CPO. für die anhängigen Prozesse des Testamentsvollstreckers, wenn sie die Konkursmasse betreffen, Unterbrechung eintritt. Der Konkurs des Erben ist für den Testamentsvollstrecker ohne Einfluß [5].

Auch durch Anordnung der Nachlaßverwaltung wird die Testamentsvollstreckung nicht aufgehoben [6]. Der Testamentsvollstrecker hat gegen die auf Antrag eines Nachlaßgläubigers angeordnete Nachlaßverwal-

---

[1] § 749 N. 4; § 749 N. 2. [2] § 749 II; § 727 VI.
[3] § 730 N. 2; § 730 N. 5.
[4] Strohal II S. 286; Jäger § 214 N. 19.
[5] Strohal I S. 286 N. 42; Jäger § 214 Anm. 19 N. 1; Prot. V S. 281, 286/7.
[6] Strohal II S. 297.

tung nach § 76 II FGG. die sofortige Beschwerde. Die Verwaltung des Nachlasses hat der Nachlaßverwalter §§ 1984. 1985, er ist aktiv und passiv legitimiert bezüglich des Nachlasses, so daß nach Analogie des § 241 II Unterbrechung der anhängigen Prozesse des Testamentsvollstreckers anzunehmen ist.

XII. Der Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, ist wie der nicht unbeschränkt haftende Erbe nach Annahme der Erbschaft zum Antrag auf Aufgebot der Nachlaßgläubiger auf Grund des § 1970 nach § 991 CPO., sowie zum Antrag auf Zwangsversteigerung eines Grundstückes nach § 175 ZwVG. berechtigt.

B. Passivlegitimation in Nachlaßstreitigkeiten.

a) Gegenüber gewöhnlichen Ansprüchen.

I. § 2213 regelt die Passivlegitimation bezüglich der gegen den Nachlaß gerichteten dinglichen und persönlichen Ansprüche, mögen sie durch Verurteilungsklage oder Feststellungsklage erhoben werden. Auch die negative Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers gehört hierher. Steht die Verwaltung des Nachlasses dem Testamentsvollstrecker nach §§ 2205 oder 2209 zu, so kann der Anspruch nach Wahl des Klägers gegen den Testamentsvollstrecker oder gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden. Unerheblich ist es, wenn einzelne Gegenstände der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegen. Da der Testamentsvollstrecker den Nachlaß in Besitz und in Verwaltung hat und die Passivlegitimation nicht wohl vom Verwaltungsrecht zu trennen ist, so muß die Klage gegen ihn zulässig sein. Der Testamentsvoll-

strecker hat regelmäßig die Aufgabe, den Nachlaß zu konstituieren, und hat so die Möglichkeit, unbegründete Ansprüche gegen den Nachlaß selbst zurückzuweisen, ohne daß er die Willkür des Erben zu besorgen hätte.

II. Zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, ist nach § 748 ein gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil erforderlich und genügend. Gleichgültig ist, ob er zur Leistung oder Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt wird, denn bei einer Partei kraft Amtes besteht zwischen beiden Arten der Verurteilung kein praktischer Unterschied[1]. § 748 steht unter den allgemeinen Bestimmungen, hat also für jede gegen den Nachlaß gerichtete Zwangsvollstreckung Geltung. Ob die Passivlegitimation, wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände entzogen ist, für solche Verbindlichkeiten, die eine besondere Beziehung zu diesen Gegenständen haben, z. B. für Verbindlichkeiten aus dem Betrieb eines nicht der Verwaltung unterstehenden Landgutes oder Erwerbsgeschäftes, wie Planck § 2213 N. 2 a meint, zu verneinen ist, ist zweifelhaft und kaum zu rechtfertigen, da das Gesetz für eine derartige Unterscheidung keinen Anhalt bietet.

III. Daß auch der Erbe passiv legitimiert sein muß, folgt aus dem Prinzip der Universalsukzession, wonach der Erbe persönlich für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, und daraus, daß die Nachlaßgläubiger auch auf sein Vermögen den Zugriff haben müssen, den sie nur

---

[1] Gaupp-Stein § 748 I; Seuffert § 748 N. 1 b; Petersen § 748 N. 1; Hellwig, Anspr. S. 221 Anm. 4, Lehrb. S. 883 Anm. 29; Rechtskraft S. 317 Anm. 29.

durch einen Prozeß mit dem Erben erreichen können. Sonst könnte der Erblasser dieses Recht den Gläubigern durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers entziehen und dies mußte ihm unmöglich gemacht werden. Aufrechnen und Widerklage erheben kann der Erbe gegenüber dem Gläubiger nur mit Einwilligung des Testamentsvollstreckers wegen §§ 2211. 2212, soweit es sich um der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Rechte handelt.

IV. Das zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch ergehende Urteil wirkt für und gegen den Erben, wenn der Testamentsvollstrecker zur Führung des Rechtstreites berechtigt ist § 327 II. Die Voraussetzung ist also, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht. Gleiche Wirkung wie ein Urteil hat ein Vergleich oder ein Schiedspruch mit Vollstreckungsurteil [1] nach § 1042. Aus einem solchen Urteil oder Vergleich findet die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß statt, ohne daß noch eine Verurteilung des Erben (§ 748) nötig ist. Nach § 728 II darf gegen den Erben, da er für die Nachlaßschulden auch während der Verwaltung des Testamentsvollstreckers haftet, jederzeit die Ausfertigung erfolgen und kann dann in das Privatvermögen [2] des Erben vollstreckt werden, sofern der Gläubiger die Legitimation des Testamentsvollstreckers zur Prozeßführung gemäß § 727 nachweist, andernfalls muß er nach § 731

[1] Planck § 2213 N. 2a *J.* RG. **56**, 327.

[2] A. M. Hellwig, Anspr. S. 250, 258 N. 7; Endemann III S. 233, Frommhold S. 205; Gaupp-Stein § 748 I. Zustimmend Planck § 2213 N. 2a; Strohal I S. 288 N. 57a.

beim Prozeßgericht 1. Instanz aus dem Urteil auf Erteilung der Klausel klagen.

V. Unrichtig ist die Ansicht von Marcus S. 76, gegen den Erben könne, abgesehen vom Vorliegen persönlicher Haftungsgründe, nur auf Anerkennung und Feststellung des Anspruchs, nicht auf Leistung geklagt werden, weil er während der Dauer der Verwaltung nicht über Nachlaßgegenstände verfügen, also auch nicht aus dem Nachlaß leisten könne. Befriedigung aus dem Vermögen des Erben zu suchen, ist dem Gläubiger durch § 748 unverwehrt. § 780 II gewährt dem Erben das Recht der Haftungsbeschränkung ohne den sonst nötigen besonderen Vorbehalt im Urteil, andernfalls hinge der Vorbehalt vom Belieben des Testamentsvollstreckers ab und die durch die Nichtaufnahme erfolgende Verfügung über das Vermögen des Erben ginge über den Zweck der Testamentsvollstreckung hinaus.

VI. Wurde der gegen den Testamentsvollstrecker erhobene Anspruch rechtskräftig abgewiesen, so kann der Erbe nach § 327 II gegen die gegen ihn erhobene Klage die exceptio rei iudicatae einwenden und auf Grund der ihm nach Beendigung der Verwaltung des Testamentsvollstreckers gemäß § 728 II erteilten vollstreckbaren Urteilsausfertigung nach § 103 ff. den Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten verfolgen.

VII. Ein Urteil, welches gegen den Erben als Beklagten nach § 2213 ergangen ist, berührt den Nachlaß und den Testamentsvollstrecker nicht. Solange dessen Verwaltung dauert, findet aus einem solchen Urteil eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht statt § 748, sondern nur in das Vermögen des Erben, cf. auch § 2214. Eventuell hat der Testamentsvollstrecker die

Rechtsbehelfe des § 766. Aus einem gegen den Erben erwirkten Schiedspruch kann ein Vollstreckungsurteil gegen den Testamentsvollstrecker nicht erwirkt werden: RG. 56, 330.

Will der Gläubiger außer dem Vollstreckungstitel gegen den Erben auch einen solchen in den Nachlaß, so muß er nach § 2213 III den Testamentsvollstrecker mit besonderer Klage darauf belangen, daß er die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde. Soweit der Testamentsvollstrecker nach § 809 zur Herausgabe bereit ist, erübrigt sich diese Klage; sie ist eine Notwendigkeit, um den Erben zu verhindern, durch schlechte Prozeßführung oder Scheinprozesse dem Testamentsvollstrecker die Nachlaßgegenstände zu entziehen. Der regelmäßige Weg der §§ 846 ff. 886 steht dem Gläubiger auch offen, nur wird damit eine schleunige Befriedigung nicht zu erreichen sein, weil die Herausgabe des Nachlasses, abgesehen von § 2217, erst nach Beendigung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers vom Erben verlangt werden kann.

VIII. Gegen die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung hat der Testamentsvollstrecker alle materiellen Einreden und Einwendungen gegen den Anspruch. Diese Klage hat nicht die Natur einer bloßen Judikatsklage [1]. Die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen ist freilich damit gegeben, ohne daß jedoch unlösbare Schwierigkeiten entstehen. Wird der mit seiner Klage gegen den Erben durchgedrungene Gläubiger gegenüber dem Testamentsvollstrecker abge-

[1] Planck § 2213 N. 2b; Bunsen S. 267; RG. 56, 329; Böhm S. 273; Strohal I S. 289; a. A. Seckt S. 59, 60.

wiesen, so bleibt ihm die Vollstreckung in das Vermögen des Erben und die Vollstreckung in den Nachlaß wird ihm möglich, sobald die Verwaltung des Testamentsvollstreckers aufhört.

IX. Auf das zu Gunsten des Erben ergangene Urteil kann sich der Testamentsvollstrecker berufen, weil ein Dritter, der wie rechtskräftig festgestellt, vom Erben nichts zu fordern hat, nicht verlangen kann, daß ihm der Testamentsvollstrecker aus dem Nachlaß, dem Vermögen des Erben, dennoch leiste [1]. Hier ist das Nichtbestehen einer Nachlaßverbindlichkeit unter den zur Sache legitimierten Personen festgestellt, und es liegt keine Veranlassung vor, wie bei den zu Ungunsten des Erben ergangenen Urteilen die Rechtskraftwirkung g e g e n den Testamentsvollstrecker ebenso hier f ü r ihn abzulehnen. Die Rechtskraft ist in den §§ 325—327 nicht erschöpfend geregelt [2] und hier muß sie logischerweise bejaht werden, auch wenn der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter des Erben angesehen wird.

X. Gegen welchen der beiden passiv legitimierten Gegner der Nachlaßgläubiger zu klagen hat, hängt von den Umständen und seinen Absichten ab.

Um rasch ein Urteil zu erwirken und nicht die Annahme der Erbschaft durch den Erben abwarten zu müssen, wird der Gläubiger den Testamentsvollstrecker nach § 2213 II einklagen. Wo jedoch Zweifel über die Passivlegitimation vorliegen, ist es sicherer den Erben zu belangen, statt Gefahr zu laufen wegen

[1] Strohal I S. 289 N. 59; Planck § 2213 N. 2 a β; Weissler S. 193; Gaupp-Stein § 327 I; Prot. 5 S. 539; a. A. Bunsen S. 269.

[2] Gaupp-Stein § 325 I, VI; RG. 56, 75.

fehlender Passivlegitimation abgewiesen zu werden oder erst später durch den Erben dem Urteil die Wirkung entzogen zu sehen nach § 768. Zweckmäßig ist die Klage gegen den Testamentsvollstrecker auch da, wo mehrere, teilweise unbekannte Erben in Betracht kommen, wegen § 747, oder bei Eigentumsansprüchen, indem der Testamentsvollstrecker als Besitzer der Nachlaßgegenstände auf Herausgabe verklagt wird. Von Bedeutung ist vor allem, ob der Gläubiger Wert auf die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß oder in das Privatvermögen des Erben legt, in jenem Fall braucht er die Klage nach § 748 gegen den Testamentsvollstrecker, in diesem eine Klage gegen den Erben. Meist stellt der Gläubiger am besten beide Klagen an.

XI. Endemann III S. 232 und Frommhold § 2213 N. 3 b vertreten die Ansicht, die Legitimation des Testamentsvollstreckers bestehe in jedem Falle nur nach dem Maße seiner Berechtigung zur Eingehung von Verbindlichkeiten §§ 2206. 2207. 2209, Prozeßführung und Urteil wirken nur in dem Umfange auf den Erben, in dem der Testamentsvollstrecker berechtigt sei, für den Nachlaß Verbindlichkeiten einzugehen. Schuldbegründung und Passivprozesse stehen in voller Abhängigkeit voneinander. Zur Eingehung von Verpflichtungen sei der Testamentsvollstrecker regelmäßig nur so weit berechtigt, als dies zur Verwaltungsführung erforderlich sei. Treffe diese Voraussetzung nicht zu oder sei dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung nicht eingeräumt, so müsse die Klage gegen beide angestellt und das Urteil gegen beide erwirkt werden, gegen den Erben auf Leistung, gegen den Testamentsvollstrecker auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß. Für eine derartige Ein-

schränkung bietet der Gesetzestext, der nur auf das Verwaltungsrecht abstellt, keinen Anhalt. Nach § 327 II wirkt das Urteil für und gegen den Erben, ob die Eingehung der streitigen Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich war oder nicht. Daß die Klage gegen beide, Testamentsvollstrecker und Erben, angestellt werden müsse, wenn die streitige Verbindlichkeit ordnungswidrig eingegangen sei, widerspricht dem § 748, der nur voraussetzt, daß der Nachlaß der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt.

Diese Ansicht von Endemann und Frommhold ist mit der gesetzlichen Regelung unvereinbar und deshalb abzulehnen. Sie hat auch keine weitere Vertretung gefunden. Gegen sie spricht sich Planck § 2213 N. 2 a aus, sowie Böhm, „Recht" 1900 S. 272, welcher darauf hinweist, daß diese Ansicht die Stellung des Gläubigers im Prozeß erschwere. Ob die Prozeßführung im Einzelfalle ordnungsmäßige Verwaltung sei, könne nicht immer von vornherein gesagt werden. Der dem Kläger entgegenzustellende Einwand wäre eine exceptio ex iure tertii. Schadensersatzpflicht des Testamentsvollstreckers und Interventionsrecht schützen den Erben ausreichend vor Nachteilen. Diese Sicherungsmittel sind bei dem von Endemann erwähnten Beispiel nicht zu übersehen.

XII. Hat der Testamentsvollstrecker nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände § 2208 Satz 2 oder ist er nur zur Verwaltung des Erbteils eines Miterben [1] ernannt, so ist der Erbe ausschließlich passiv legitimiert. Die Klage auf Leistung ist alsdann gegen

[1] Planck § 2213 N. 2 b.

den Erben zu erheben. Will der Kläger in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände vollstrecken, so muß er außerdem nach §§ 2213 III, 748 II gegen den Testamentsvollstrecker ein Urteil erwirken, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände dulde. Auch dies ist eine beschränkte Leistungsklage. Die Verurteilung des Testamentsvollstreckers zur Leistung ersetzt auch hier diejenige zur Duldung der Zwangsvollstreckung, da auch im Falle des Abs. 2 der Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den ganzen Nachlaß ohne Bezeichnung einzelner Gegenstände zu lauten hat, es sei denn, daß nur einzelne Gegenstände haften [1]. Das Urteil gegen den Testamentsvollstrecker nach § 748 II wird dadurch ersetzt, daß der Testamentsvollstrecker in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände bewilligt. Wenn die Vollstreckung auf Grund einer derartigen Urkunde nach § 794 Abs. 2 möglich ist, so ist die Klage gegen den Testamentsvollstrecker wegen Mangels des Rechtschutzbedürfnisses unzulässig [2]. Auch die Klage nach § 748 Abs. 2 hat nicht die Natur einer bloßen Judikatsklage. Der Testamentsvollstrecker kann unbeschränkt materielle Einwendungen [3] erheben, nicht bloß nach § 767 II. § 748 II gilt für dingliche ebenso wie für obligatorische Ansprüche.

XIII. Keine Ausnahme vom Erfordernis des

[1] Petersen § 748 N. 2; Gaupp-Stein § 748 I b.

[2] Seuffert § 794 N. 6 e, 748 N. 2 b; Gaupp-Stein § 794 VIII; A. M. Petersen § 794 N. 7.

[3] Strohal I S. 289.

doppelten Titels ist zulässig für Ansprüche auf Duldung, wie sie Böhm S. 272 vertritt. Ist ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Grundstück mit einer Grundschuld oder Hypothek für fremde Verbindlichkeit belastet, so genügt nicht die Klage gegen den Testamentsvollstrecker nach § 1147, sondern es ist die Klage auf Zahlung aus dem Grundstück §§ 1113. 1191 gegen den Erben, die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Testamentsvollstrecker zu richten. Das Urteil auf Zahlung aus dem Grundstück hat nur die Wirkung, daß sich der Verurteilte gefallen lassen muß, daß die Zahlung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung bewirkt wird. Damit erübrigt sich die Klage gegen den Erben aber nicht. Beide Klagen sind rechtlich durchaus verschieden [1].

Hat der Testamentsvollstrecker keine Verwaltung, so kann nur der Erbe verklagt werden, und aus dem Urteil ist die Vollstreckung ohne weiteres in den Nachlaß wie in das Vermögen des Erben zulässig.

b) Gegenüber Pflichtteilsansprüchen.

I. Hier hat nicht der Testamentsvollstrecker, auch wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht, sondern der Erbe die ausschließliche Passivlegitimation § 2213 Satz 3. Auf die juristische Natur als obligatorischen Anspruch wurde kein entscheidendes Gewicht gelegt; die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers gegenüber Pflichtteilsansprüchen geht über seine Aufgaben hinaus. Es handelt sich hier auch meist

[1] Planck § 2213 N. 2 b; Gaupp-Stein § 748 N. 7; Seuffert § 748 N. 2.

um größere Beträge im Verhältnis zum Nachlaß. Nach der inneren Natur des Pflichtteilsrechtes ist der Erbe der wahre Beklagte, Prot. 5 S. 300. Die Vorschrift gilt für jeden Anspruch aus Pflichtteilsrecht, insbesondere den Anspruch auf Auskunft. RG. 50, 224. Dem Pflichtteilsberechtigten mußte es ermöglicht werden, auch während der Verwaltung des Testamentsvollstreckers zwecks seiner Befriedigung in den Nachlaß vollstrecken zu können, gleichzeitig mußte aber gegen Kollusionen zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigtem vorgebeugt werden, Protokolle 5 S. 301, und so bestimmt § 748 III, daß zur Zwangsvollstreckung, wenn der Testamentsvollstrecker die Verwaltung des ganzen Nachlasses oder nur einzelner Gegenstände hat, auch ein Urteil gegen den Testamentsvollstrecker erforderlich ist. Im Falle des § 748 II gilt auch hier § 794 II. Die Klage gegen den Testamentsvollstrecker erübrigt sich, wenn sich der Pflichtteilsberechtigte nur an der Verwaltung nicht unterliegende Nachlaßgegenstände oder das Vermögen des Erben halten will.

Der Klagantrag gegen den Erben geht auch hier auf Leistung, nicht auf Anerkennung, wie Marcus S. 75 und Böhm S. 193 vertreten [1].

II. Ob der Testamentsvollstrecker gegen die Klage auf Duldung dem Pflichtteilsanspruch als solchem entgegenstehende Einwendungen vorbringen kann, ist streitig. Bejahend sprechen sich aus: Planck § 2213 N. 3, Strohal I S. 289 N. 62, Endemann S. 235, Bunsen S. 270, Struckmann-Koch § 748 N. 2, Arnold S. 66, Böhm S. 273, Schaller S. 33, Jeglinsky S. 66. Verneint wird die Zulässigkeit von Brettner S. 226, welcher

[1] Planck § 2213 N. 3.

die Ansicht vertritt, nur die Zwangsvollstreckungsfrage sei in lite, nicht die Pflichtteilsfrage und seine Ansicht im „Recht“ 1900 S. 321 gegen Bunsen verteidigt. Er legt den Nachdruck auf das „nur gegen den Erben“ im § 2213, die Entscheidung im ersten Prozeß zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigtem sei res iudicata für den Testamentsvollstrecker. Er beruft sich auf die Motive, Heymanns Materialien S. 218, wonach der Testamentsvollstrecker nur wegen der Duldung der Zwangsvollstreckung zu belangen sei, weil er nur über den Nachlaß verfügen könne, die Vertretung des Nachlasses gegen einen solchen Anspruch außerhalb seiner Aufgaben liege. Der Testamentsvollstrecker könne den Titel so wenig anfechten, wie ein Drittbesitzer den Titel, auf Grund dessen er von einem Aktivberechtigten infolge eines Pfändungs- oder Überweisungsbeschlusses belangt werde. Das wäre eine unzulässige exceptio ex iure tertii. Daher könne der Testamentsvollstrecker lediglich das nachträglich erfolgte Erlöschen des Pflichtteilsanspruches geltend machen. Diese Ansicht ist abzulehnen. Die von den Protokollen als Grund für das Erfordernis der Klage gegen den Testamentsvollstrecker betonte Kollusionsgefahr bestände trotzdem bei der Ansicht Brettners. Der Zweck der Klage gegen den Testamentsvollstrecker wäre dann so ziemlich verfehlt. Mit der Stelle aus den Motiven kann die Ansicht nicht gehalten werden. Der Vergleich des Testamentsvollstreckers mit dem Drittbesitzer ist schief, für letzteren ist die materielle Richtigkeit des Titels ohne Interesse, während dem Testamentsvollstrecker angesichts der Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung und Erfüllung seiner sonstigen Aufgaben das Interesse nicht bestritten werden kann, den Nachlaß nicht durch

unbegründete Auszahlung des festgestellten Pflichtteilsanspruches zu vermindern. Arnold S. 66 bemerkt mit Recht, die Bezeichnung der Einwendungen des Testamentsvollstreckers als exceptiones ex iure tertii sei von Brettners Standpunkt, der den Testamentsvollstrecker als gesetzlichen Vertreter des Erben betrachte, nicht recht verständlich.

Die Klagen gegen Testamentsvollstrecker und Erben können mit einander verbunden oder in getrennten Prozessen erhoben werden. Das Gericht kann nach § 147 die Verbindung anordnen. Es liegt keine notwendige Streitgenossenschaft [1] vor, da es an der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung fehlt.

III. Ist der Testamentsvollstrecker nach § 2213 Beklagter, so ist streitgenössische Nebenintervention [2] des Erben nach § 66. 69 (327 II) zulässig. Ist dagegen der Erbe verklagt, so ist der Testamentsvollstrecker zur gewöhnlichen Nebenintervention befugt, denn das Urteil erlangt ihm gegenüber keine Rechtskraft [3]. Das erforderliche rechtliche Interesse des Testamentsvollstreckers ist zweifellos vorhanden.

IV. Ein gegen den Erblasser anhängiger Prozeß, der bei dessen Tod nach §§ 239. 246 unterbrochen oder ausgesetzt worden ist, kann vom Nachlaßgläubiger

[1] Petersen § 748 N. 2; Gaupp-Stein § 52 N. 32, 62 II b, 739 II 4, 748 I b. — A. M. Seuffert § 748 N. 4; Förster S. 161, Siegert S. 67, Struckmann-Koch § 62 N. 2 a.

[2] Gaupp-Stein § 66 II b.

[3] Planck, Vorb. 3 zu § 2212; Förster S. 162, Strohal I S. 288 N. 56, 289; A. M. Böhm S. 272; Marschner S. 70. In Prozessen über den Pflichtteilsanspruch erklärt Böhm die Nebenintervention zulässig. A. M. Schaller S. 33.

gegen den Testamentsvollstrecker nach §§ 241. 243. 2213 II und gegen den Erben nach § 239 (aber erst nach Annahme der Erbschaft) aufgenommen werden, weil der Anspruch nach § 2213 gegen beide geltend gemacht werden kann. Daher kann das Verfahren auch von dem Testamentsvollstrecker und dem Erben aufgenommen werden. Das Urteil gegen den Testamentsvollstrecker ist nur in den Nachlaß, das gegen den Erben nur in dessen Vermögen vollstreckbar § 748. Hat der Testamentsvollstrecker nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände, so ist, um ein Urteil, welches in diese Gegenstände vollstreckbar ist, zu erlangen, § 748 II, Fortsetzung des Prozesses gegen den Erben und den Testamentsvollstrecker erforderlich[1].

V. Ein gegen den Erblasser ergangenes Urteil kann nach § 727 nur gegen den Erben als Rechtsnachfolger vollstreckbar ausgefertigt werden. Dies berechtigt aber nicht zur Vollstreckung in den Nachlaß, weil nach § 748 zur Vollstreckung in den Nachlaß, soweit er der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, ein weiterer Titel gegen den Testamentsvollstrecker auf Leistung oder Duldung nötig ist. Nach § 749 ist jedoch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Testamentsvollstrecker möglich, der als Partei kraft Amtes praktisch einem Rechtsnachfolger gleicht; Kollusion seitens der Erben ist hier ausgeschlossen, wo der Erblasser schon verurteilt ist. Nach Satz 2 kann nur in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände vollstreckt werden; dies in der Klausel zu erwähnen erübrigt sich, wenn der Testamentsvollstrecker als solcher bezeichnet

[1] Seuffert § 243 N. 2.

wird [1]. Im Falle des § 748 II genügt nicht die Ausfertigung gegen den Testamentsvollstrecker, vielmehr ist auch eine solche gegen den Erben erforderlich, der dadurch Vollstreckungsschuldner wird und zu den Einwendungen des Schuldners berechtigt ist. § 749 ändert nichts an den Erfordernissen der Vollstreckung, sondern erleichtert nur ihre Beschaffung [2]. Nach § 727 ist der Erbfall und die Bestellung des Testamentsvollstreckers durch das nach § 2368, § 792 CPO. zu erteilende Zeugnis nachzuweisen.

Der Testamentsvollstrecker kann nach § 732 gegen die Vollstreckungsklausel Einwendungen erheben, sowie nach § 768 im Klageweg vorgehen. Als Vollstreckungsschuldner hat er auch die Vollstreckungsgegenklage des § 767, um materielle Einwendungen geltend zu machen [3].

VI. Der zur Verwaltung des Nachlasses berechtigte Testamentsvollstrecker ist befugt, die Einreden der §§ 2014. 2015 nach §§ 782. 785 im Wege der Klage geltend zu machen und zwar gegen eine Zwangsvollstreckung nach §§ 728. 748. 749 und 779. Er kann sich dieser Einreden wie jeder andern dem Erben zustehenden Einrede bedienen und zwar für die Zeit vor der Annahme der Erbschaft nach Analogie des § 2017. Erfolgt die Zwangsvollstreckung auf Grund eines gegen den Erblasser, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker ergangenen Urteils, so kann die Haftungsbeschränkung und daher

---

[1] Petersen § 749 N. 2; Gaupp-Stein § 749 I.

[2] Gaupp-Stein § 749 I, Petersen § 749 N. 3. A. M. Seuffert § 749 N. 3 b.

[3] Gaupp-Stein I § 767 S. 482; Petersen § 767 N. 2.

auch das Verlangen gemäß § 782 geltend gemacht werden, ohne daß es eines Vorbehalts im Urteil bedarf § 780 II (305). Der Testamentsvollstrecker kann verlangen, daß die Vollstreckung für die Dauer der Fristen auf die Arrestmaßregeln der §§ 930—932 beschränkt bleibt, und nach § 775 Nr. 1 der Zwangsvollstreckung entgegentreten und die Aufhebung der unzulässigen Vollstreckungsmaßregeln nach § 776 herbeiführen. Eine Verlängerung der Fristen kann nach § 782 Satz 2 beantragt werden durch Erweiterung des Klagantrages nach §§ 268 Nr. 2, 529 II oder neue Klage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Nachlaßkonkurs [1].

VII. Hatte die Zwangsvollstreckung zur Zeit des Todes des Erblassers gegen diesen bereits begonnen, so wird sie in den Nachlaß fortgesetzt § 779. Soweit ein verwaltungsberechtigter Testamentsvollstrecker da ist, hat die nach Abs. 2 vorgesehene Bestellung eines einstweiligen besonderen Vertreters zu unterbleiben.

Für alle Fälle der Vollstreckung ist § 750 zu beachten.

2. Die Fälle, in welchen die Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers sicher festzustellen ist.

a) Abgesehen von den unter 1 behandelten Fällen fehlen gesetzliche Bestimmungen für die Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers. Als erste und wichtigste Aufgabe liegt dem Testamentsvollstrecker

[1] Gaupp-Stein § 782 I; Petersen § 782 N. 2; Seuffert § 782 N. 3b; Planck § 2017 N. 4.

ob gemäß § 2203, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen. Er hat vor allem die Interessen des Erblassers zu wahren. Demnach hat er auch die Verfügungen auszuführen, bei denen es sich nicht um das Erbrecht oder den sonstigen Vorteil eines Dritten handelt, z. B. Verfügungen über Art und Ort der Bestattung, über Grabdenkmal oder über nachgelassene Papiere. Gerade für derartige ideale Interessen kann die Aufstellung eines Testamentsvollstreckers nötig sein, um die Außerachtlassung der Verfügung seitens der Erben zu verhindern. Für die hiebei entstehenden Streitigkeiten ist die Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers zu bejahen.

b) Obgleich der Testamentsvollstrecker in § 2194 nicht unter denen genannt ist, die Vollziehung einer Auflage verlangen können, so folgt diese Befugnis [1] für ihn aus der allgemeinen Bestimmung der §§ 2203. 2208 II. Die Erwähnung des Testamentsvollstreckers in § 1888 I. Entwurf darf nicht für ein argumentum e contrario verwertet werden. Man darf dem Testamentsvollstrecker also nicht die Legitimation zur Klage gegen die mit Vollziehung von Auflagen beschwerten Erben und Vermächtnisnehmer absprechen [2].

c) Die Ausführung der letztwilligen Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker setzt natürlich deren Gültigkeit voraus. Wenn die Erben gegen die Ausführung oder Auslegung einer Anordnung des Erblassers Widerspruch erheben, so muß der Testamentsvollstrecker zur Klage gegen die Erben legitimiert erachtet werden, damit durch Urteil seine Berechti-

[1] Meischeider S. 441/2; Planck § 2194 N. 2 b.
[2] Schmid S. 92.

gung und Verpflichtung zur Ausführung oder die Gültigkeit oder der Inhalt festgestellt werde. Ebenso ist aber auch die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers für begründet zu erklären, wenn die Erben gegen ihn mit Feststellungsklage vorgehen. Es ist insbesondere an die Auszahlung von Vermächtnissen zu denken. Die sogenannte direkte Klage auf Unterlassung der Erfüllung[1] ist auch eine Feststellungsklage, wie MEISCHEIDER S. 486 N. 13 mit Recht bemerkt. Nach § 2208 II kann der Testamentsvollstrecker, der die Verfügungen des Erblassers nicht selbst auszuführen hat, die Erben auf Ausführung der Verfügungen verklagen. Diese können auch negative Feststellungsklage gegen den Testamentsvollstrecker erheben, wenn sie ihre Verpflichtung bestreiten. Erringen die Erben ein Urteil, das die Ungültigkeit des Vermächtnisses ausspricht, so hat dies dem Vermächtnisnehmer gegenüber keine Rechtskraft, dieser kann immer noch nach § 2213 seinen Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker und den Erben einklagen. Das frühere Urteil kann als Präjudiz gewertet werden.

d) Der zur Verwaltung des Nachlasses befugte Testamentsvollstrecker kann nach §§ 2364 II. 2368. 2362 vom Besitzer eines unrichtigen Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses die Herausgabe an das Nachlaßgericht und Auskunft nach § 2362 II verlangen und zwar auch durch Klage. Ebenso kann dies der Erbe vom Besitzer eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses; wenn aber ein Testamentsvollstrecker mit Verwaltungsmacht da ist, hat der Erbe nicht den Anspruch aus § 2362 II cf. 2212. Die Ein-

[1] Förster S. 150, Peiser S. 207.

ziehung des unrichtigen Zeugnisses kann auch mit der Beschwerde nach § 19 FGG. gefordert werden, ebenso ist Beschwerde gegen Ablehnung der Erteilung des Zeugnisses zulässig [1].

e) Anläßlich der Verwaltung können sich leicht Streitigkeiten zwischen Testamentsvollstrecker und Erben ergeben. Vor allem ist hier an Streit über die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten zu denken; § 2206 II sieht eine besondere Klage des Testamentsvollstreckers hiefür vor. Testamentsvollstrecker und Erbe können ein erhebliches Interesse an alsbaldiger Feststellung haben; ersterer ist eventuell regreßpflichtig und letzterem gehört der Nachlaß. Weitere Prozesse zwischen Testamentsvollstrecker und Erben können sich in den Fällen der §§ 2215 ff. ergeben. Für alle diese Fälle ist die Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers zu bejahen. In sämtlichen Fällen der Nr. 2 bleibt die Rechtskraftwirkung auf die Parteien beschränkt.

3. Die streitigen Fälle.

a) Die Legitimation in Erbrechtsstreitigkeiten.

Schon im früheren Recht war es eine Streitfrage, ob und inwieweit Erbstreitigkeiten d. h. Streitigkeiten über die Frage, wer Erbe sei und in welchem Umfange mehreren Personen das Erbrecht zustehe, zu der Aufgabe des Testamentsvollstreckers gehörten. Das RG. schwankte [2]. Für das gemeine Recht, wo nur ein

[1] Planck § 2368 N. 8.

[2] RG. 9, 208; 16, 139; 32, 152, Gruchot Bd. 28 S. 260; gegen das letztere ablehnende Urteil Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 315.

Testament möglich, die Erbeinsetzung notwendiger Bestandteil desselben war und die Erbeinsetzung den sonstigen Inhalt bedingte, wurde die Frage ziemlich allgemein dahin formuliert, ob der Testamentsvollstrecker zur Verteidigung des Testamentes berufen sei. Die einen vertraten die Ansicht, der Testamentsvollstrecker sei wie zur Aufrechterhaltung und Ausführung der einzelnen letztwilligen Verfügungen, so auch zu der des Inbegriffs derselben, des Testamentes selbst, berufen als Wahrer und Hüter des Testamentes [1]; die andern erklärten die Verteidigung des Erbrechts als höchst persönliche Angelegenheit des Erben. Das BGB. hat nur die eine Bestimmung in § 2213 Satz 3 bezüglich des Pflichtteilsanspruches getroffen. Wegen der wesentlichen Verschiedenheit des jetzigen Testamentsbegriffs vom früheren kann die Frage nicht mehr so allgemein formuliert werden. Die Erbeinsetzung ist dem Testament nicht mehr wesentlich, ein Testament und ein Testamentsvollstrecker sind auch neben der gesetzlichen Erbfolge möglich, mehrere Testamente haben neben einander Geltung, soweit sie sich nicht widersprechen. Ein Testament kann also lediglich die Ernennung eines Testamentsvollstreckers enthalten, das andere die Erbeinsetzung. Außerdem sind die einzelnen Verfügungen eines Testamentes grundsätzlich im Bestande voneinander unabhängig § 2085. Meist wird es sich nicht um Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testamentes als Ganzes handeln, vielmehr wird die Wirksamkeit der einzelnen Verfügungen einer Prüfung zu unterziehen sein.

[1] Dernburg Pand. III § 125.

α) Streit über die Gültigkeit des Testamentes.

Ist die Testamentsvollstreckung in einem besonderen Testament neben der gesetzlichen Erbfolge oder der außerhalb dieses Testamentes geregelten gewillkürten Erbfolge angeordnet, so hat der Testamentsvollstrecker die Legitimation für Prozesse um die Gültigkeit dieses Testamentes. Ebenso ist dies der Fall, wenn von mehreren Verfügungen eines Testamentes nur die Anordnung der Testamentsvollstreckung streitig wird. Der Testamentsvollstrecker hat die Feststellungsklage gegen Erben und Dritte auf Feststellung der Gültigkeit des Testamentes, ebenso der Erbe gegen ihn [1]. Auf Ungültigkeit des Testamentes kann der Testamentsvollstrecker natürlich nicht klagen, denn damit erschütterte er ja selbst seine Stellung [2].

Die Rechtskraft in solchen Fällen bleibt auf die Parteien des Prozesses beschränkt [3]. Wo die Intestaterben die testamentarische Erbfolge, nicht die Ernennung des Testamentsvollstreckers angreifen, ist das Erbrecht in Streit und zweifelhaft, ob die Intestaterben den Testamentsvollstrecker oder die Testamentserben zu verklagen haben. Nach Böhm § 62 S. 193, Wilke § 2213 N. 5, Scherer S. 299 und Marcus S. 74 liegt dem Testamentsvollstrecker in unbeschränkter Stellung selbständig als Hüter des letzten Willens die Aufrechterhaltung des letzten Willens ob, seine Rechtstellung beruhe auf der Gültigkeit des Testamentes,

[1] Marschner S. 77, Schaller S. 22, Schmid S. 96.

[2] Dernburg Pand. III § 125, Schaller S. 28, Scherer S. 299, Schmid S. 96.

[3] Hellwig, Anspr. S. 74, 75.

weshalb er diese zu verteidigen habe, aber die Entscheidung bleibe ohne Wirkung für oder gegen den Erben. Einem günstigen Urteil legt Scherer Wirkung für die eingesetzten Erben bei. Gegen die Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers bei Erbrechtstreitigkeiten haben sich ausgesprochen: Förster S. 145, Borcherdt S. 451, Frommhold § 2203 (die formelle Gültigkeit des Testamentes könne zwar vom Testamentsvollstrecker und gegen ihn festgestellt werden), Brettner S. 225, Planck § 2197 Vorb. 4 b, Hellwig Lehrb. S. 301 N. 39, Endemann S. 234, Peiser S. 234, Enneccerus-Lehmann II S. 817, OLG. Königsberg in Pos. M. 06 S. 11, Meischeider S. 509, Sturm S. 79, Herzfelder S. 434, Strohal I S. 291, Schaller S. 14, Marschner S. 78, Jeglinsky S. 69, Schmid S. 97.

Aus der Aufgabe, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers nach § 2203 auszuführen, läßt sich die Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers für Erbrechtstreitigkeiten nicht ableiten. So weit reicht das anzuerkennende Interesse des Erblassers an der Vollziehung des letzten Willens nicht, den Erben in der Verteidigung des Erbrechts zu beschränken oder zu binden. Die Aufrechterhaltung des Testamentes oder einzelner seiner Bestimmungen, sowie sonstige Erbstreitigkeiten sind höchst persönliche Sache der Erben oder sonstigen Berechtigten. Eine Rechtskraftwirkung gegen die Erben kann den Urteilen, die im Prozeß mit dem Testamentsvollstrecker ergehen, nicht zukommen, das geben z. B. Eck S. 315 und Marcus S. 74 zu; dann wäre der ganze Prozeß mit dem Testamentsvollstrecker vollständig verfehlt und später wären widersprechende Urteile nicht ausgeschlossen. Seckt S. 65 ff., Brettner S. 225, Marschner S. 76.

β) Streitigkeiten zwischen mehreren Erbprätendenten über Miterbenqualität oder über die Erbquote eines als solchen anerkannten Miterben sind gleichfalls unter den Erben auszutragen, so Marcus S. 74, Förster S. 150, Brettner S. 224, Enneccerus-Lehmann § 324 N. 2, Böhm S. 194, Schaller S. 30, Strohal I S. 291, Planck § 2197 Vorb. 4 b.

Für Prozesse über das Pflichtteilsrecht fehlt dem Testamentsvollstrecker die Legitimation, weil hier eine Erbrechtstreitigkeit vorliegt, und dies um so mehr, wenn selbst der bloße Pflichtteilsanspruch nach § 2213 Satz 3 nur gegen den Erben zulässig ist.

Der Prozeß gegen den Testamentsvollstrecker ist zulässig, wenn nach § 2306 geltend gemacht wird, daß die Testamentsvollstreckung bezüglich des Pflichtteils als nicht angeordnet zu gelten habe [1]. Hier wird mit der Testamentsvollstreckung das Interesse des Erblassers angegriffen, das der Testamentsvollstrecker zu schützen hat.

γ) Anders verhält es sich, wo über das Erbrecht (Testament, Pflichtteilsrecht) nur als Incidentpunkt zu entscheiden ist in Prozessen, zu deren Führung der Testamentsvollstrecker befugt ist. Hier ist der Testamentsvollstrecker legitimiert auf das Erbrecht einzugehen und es kann incidenter darüber entschieden werden. Dies ist die Ansicht von Prot. 5 S. 300, Förster S. 162, Neumann § 2213 N. 3 a, Meischeider S. 509, Borcherdt S. 451 Abs. 3, Mayer-Reis S. 101 N. 3, Sturm S. 79, Planck Vorb. 4 a zu § 2197, RG. JW. 09 S. 52, Strohal I S. 290, Schaller S. 15. Ist der Testa-

[1] Marcus S. 75, Frommhold § 2213 N. 2, Marschner S. 73, Schaller S. 34, Strohal I, S. 290, Böhm S. 193, Planck § 2213 N. 3 a.

mentsvollstrecker nur für den Fall des Erbewerdens einer bestimmten Person ernannt, so ist die Wirksamkeit der Erbeinsetzung Incidentpunkt für die Wirksamkeit der Testamentsvollstreckung und im Prozeß zwischen Testamentsvollstrecker und einem Dritten muß hierauf eingegangen werden. Ebenso wenn von der Wirksamkeit des Erbrechts irgendwelche besondere Rechte oder Pflichten des Testamentsvollstreckers abhängen, worüber ein Prozeß anhängig ist. Ist ein Vermächtnis einem Erben nur persönlich auferlegt, § 2161 also ausgeschlossen, so ist die Wirksamkeit der Erbeinsetzung Voraussetzung dafür, daß der Testamentsvollstrecker das Vermächtnis auszuführen oder dessen Ausführung durch den Beschwerten zu veranlassen hat § 2203, 2208 II, und im Prozeß zwischen Testamentsvollstrecker und Bedachten muß hierauf eingegangen werden. Ebenso wenn der Testamentsvollstrecker einem angeblichen Erben, der von ihm Rechnungslegung oder Herausgabe entbehrlicher Gegenstände verlangt § 2217. 2218, das Erbrecht bestreitet [1]. Das Recht des am Prozeß nicht beteiligten wahren Erben bleibt hievon unberührt. § 327 trifft nicht zu.

Seckt S. 68/9 leugnet für den Fall, wenn ein Nachlaßschuldner incidenter zur Erschütterung der Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers die Gültigkeit des Testamentes bestreitet, daß der Testamentsvollstrecker zur Verteidigung des Testamentes befugt sei, weil bezüglich des Hauptanspruches und der Incidentfeststellung das Urteil für und gegen den Erben Rechtskraft beschreite. Durch eine ungünstige Incidentfeststellung würde daher auch dem Erben be-

[1] Planck Vorb. 4a zu § 2197; Schaller S. 15.

züglich seines Erbrechts (das die Grundlage des Anspruchs gegen den Nachlaßschuldner ist) präjudiziert. Die Frage der Gültigkeit des Testamentes könne auch als Präjudizialfrage bindend nur in einem Prozesse zum Austrage gebracht werden, in dem der Erbe Partei sei. So auch Böhm S. 274. Dieser Ansicht liegt noch der alte Testamentsbegriff zugrunde und eine irrtümliche Auffassung des § 322, wonach die Urteilselemente niemals der Rechtskraft fähig sind [1]. Dem Erbrecht wird nicht präjudiziert, sondern nur über die Aktivlegitimation für den konkreten Prozeß entschieden. Gegen Seckt wenden sich auch Schaller S. 15/6, Schmid S. 99. Auch eine nach § 280 CPO. erlangte Entscheidung über die Wirksamkeit des Testamentes ist ohne Wirkung für den Erben, übrigens als unzulässig anzusehen [2]. Dagegen ist der Testamentsvollstrecker für Feststellungsklagen über Bestehen oder Nichtbestehen seiner Stellung aktiv und passiv legitimiert, über diesen Punkt ist eine Incidentfeststellungsklage zulässig, dabei wird natürlich incidenter über die Gültigkeit des Testamentes entschieden.

Mangels gesetzlicher Bestimmung kann den Urteilen in Erbrechtstreitigkeiten zwischen Erbprätendenten, Miterben und Pflichtteilsberechtigten keine Rechtskraft gegenüber dem Testamentsvollstrecker beigelegt werden. Fast ausschließlich wird es sich um Feststellungsurteile handeln, aus denen nicht vollstreckt wird, so daß eine Rechtskraftwirkung nicht notwendig ist. Außerdem wird der Testamentsvollstrecker meist sich nach dem Urteil richten und sollte

[1] Gaupp-Stein I S. 764; Seuffert § 322 N. 4; Struckmann-Koch § 322 N. 4.

[2] Schaller S. 16; Planck Vorb. 4 b zu § 2197.

er entgegen dem Urteil den unterlegenen Gegner trotzdem als wahren Erben behandeln, so hat der siegreiche wahre Erbe alle Rechte eines Erben gegen den Testamentsvollstrecker. In den hierüber entstehenden Prozessen ist das vom Testamentsvollstrecker nicht anerkannte Erbrecht Incidentpunkt, wofür das frühere Urteil als Präjudiz in Betracht kommt.

Wo mit der Stellung des Testamentserben die des Testamentsvollstreckers angegriffen wird, hat der Testamentsvollstrecker das Recht zur Nebenintervention [1]. Ebenso soweit es sich bei Erbrechtstreitigkeiten um Geltendmachung des Erblasserwillens handelt, ist der Testamentsvollstrecker interventionsberechtigt, da er selbständig rechtlich interessiert ist an der Aufrechterhaltung des letzten Willens [2].

δ) Zu erörtern ist endlich noch, wie es sich mit der Aktiv- und Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers beim Erbschaftsanspruch verhält. Die Aktivlegitimation kann natürlich nur für einen Testamentsvollstrecker mit Verwaltungsbefugnis in Frage kommen und wird bejaht von Gaupp-Stein § 327 II a, Meischeider S. 506, Hellwig, Anspr. S. 76, Herzfelder S. 435, Bunsen S. 267, Strohal I S. 291, II S. 379, Planck § 2018 N. 1 b, Binder III S. 179, Langheineken S. 155, Cosack II S. 821, Weissler S. 196, Dernburg S. 195, Windscheid-Kipp S. 318, Fiebig S. 34, Jeglinsky S. 72. Planck und Meischeider führen aus, wenn der Anspruch auf einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegen-

[1] Seckt S. 69, 70, Schaller S. 29.

[2] Marcus S. 74, Böhm S. 194, Seckt S. 70; Scherer S. 299 vertritt sogar streitgenössische Nebenintervention. — A. M. Schmid S. 100.

stand gerichtet sei, sei die Aktivlegitimation zweifellos, der Erbschaftsanspruch sei dann eben auch ein Recht i. S. des § 2212. Binder führt aus, da der Erbschaftsanspruch nur ein modifizierter Einzelanspruch sei, stehe er dem Testamentsvollstrecker nach § 2212 zu. Hellwig erklärt, im Erbschaftsanspruch werden nichts anderes als die in gewisser Weise qualifizierten Ansprüche wegen Verletzung der Erbschaftsrechte geltend gemacht. Daher sei der Testamentsvollstrecker aktiv legitimiert gegen Dritte den Anspruch geltend zu machen. Er könne, wenn er die Verwaltung des ganzen Nachlasses habe, gegen den falsus heres, der sich in Besitz des Nachlasses gesetzt habe, mit der Klage auf Herausgabe des Inbegriffes vorgehen, und der Inhalt der Verpflichtung bestimme sich zweifellos nach § 2018 ff. Ebenso sei es sicherlich, wenn derjenige, der unter Verletzung des Inbesitznahmerechts des Testamentsvollstreckers den Nachlaß okkupiert habe, zwar verus heres, aber nur Partialerbe sei. Zweifelhaft könne die Frage nur dann werden, wenn der Erbschaftsbesitzer der Alleinerbe sei. Wörtlich genommen sei § 2018 unanwendbar. Wenn es aber gewiß sei, daß er die Erbschaftsgegenstände an den Testamentsvollstrecker herausgeben müsse, und daß der Verwalter auch die Forderungen, welche wegen Beschädigung, Verbrauch usw. Bestandteile des erbschaftlichen Sondervermögens geworden seien, realisieren könne, so müssen, um eine Schädigung des gutgläubigen Erben einerseits und der von dem Testamentsvollstrecker zu befriedigenden Legatare usw. anderseits zu verhüten, auch die Normen über den Erbschaftsanspruch Anwendung finden. § 2018 sei also auf die Fälle analog anzuwenden, in denen der

Eingriff auf Grund eines eingeschränkten Erbrechts geschehen sei.

Abgesprochen wird dem Testamentsvollstrecker die Aktivlegitimation für den Erbschaftsanspruch von Böhm S. 273, Seckt S. 67, Bourwieg S. 39, Sturm S. 79, Arnold S. 64, Förster S. 162, Siegert S. 84, Märschner S. 79, Schmid S. 101, 103, Schaller S. 26. Hellwig und Binder geben zu, daß bei einer von der ihrigen abweichenden Auffassung des Anspruchs die Aktivlegitimation zu verneinen sei.

Der Anspruch des § 2018 ist ein besonders gearteter Gesamtanspruch [1]. Sachlich bildet regelmäßig das Erbrecht des Klägers den Gegenstand des Rechtstreites und das der Klage stattgebende Urteil setzt immer die Anerkennung des Erbrechts des Klägers voraus. Trotzdem wird durch das Urteil für sich allein nach § 322 das Erbrecht des Klägers nicht rechtskräftig festgestellt. Gegen den possessor pro possessore wie im gemeinen Recht geht der Anspruch nach BGB. nicht mehr. Steht auf der einen Seite der Erbe auf der andern der Erbschaftsbesitzer, so weist dies darauf hin, daß es sich um Herausgabe auf Grund Erbrechtes handelt. Den Streit um das Erbrecht haben die Prätendenten selbst zu führen. Die besondere Natur des Anspruches geht auch aus §§ 2022 und 2027 hervor, sowie aus §§ 2019. 2023 und 2029 [2].

Auf Streitigkeiten zwischen Testamentsvollstrecker

---

[1] Strohal II S. 376, Planck Vorb. II 4 zu § 2018, Prot. 5 S. 703, Fiebig S. 2, Enneccerus-Lehmann II S. 732, Endemann III S. 528, Dernburg V. S. 425, Gaupp-Stein § 24 Z. 4, Matthias II S. 583, Bourwieg S. 30.

[2] Strohal II S. 376 N. 7.

und Erben ist der Erbschaftsanspruch keinesfalls analog anwendbar [1].

Wird der Erbschaftsanspruch als Recht i. S. des § 2212 aufgefaßt, so folgt aus § 327 die Rechtskraftwirkung für und gegen den Erben. Im Prozeß über den Erbschaftsanspruch bildet das Erbrecht einen Incidentpunkt. Wie oben ausgeführt wird damit dem Erbrecht des Erben nicht allgemein präjudiziert, auf Feststellung des Erbrechts kann der Erbe immer noch klagen. Präjudiziert wird jedoch dem Erbrecht des Erben hinsichtlich des im Streite befindlichen Gegenstandes unter Umständen also des ganzen Nachlasses. Wenn auch die Urteilselemente an der Rechtskraft nicht teilnehmen, so ist trotzdem Gegenstand der Rechtskraft der Ausspruch der Rechtsfolge in Verbindung mit dem zugrunde liegenden Tatbestand [2]. So wird die Herausgabepflicht des Beklagten nicht als solche, sondern auf Grund Erbrechts und damit letzteres selbst festgestellt. Dies beachten Strohal I S. 292 N. 72 und Jeglinsky S. 72 nicht.

Wäre der Testamentsvollstrecker mit der Klage aus § 2018 rechtskräftig abgewiesen, so wäre eine Feststellungsklage des Erben über sein Erbrecht so ziemlich ohne praktischen Erfolg, da auch für ihn durch das Urteil über die Klage des Testamentsvollstreckers aus § 2018 rechtskräftig feststeht, daß ihm ein Herausgabeanspruch auf Grund Erbrechts nicht zukommt. Auch dies spricht gegen die Aktivlegitimation, denn es ist oben festgestellt, daß dem Testa-

[1] Planck § 2018 N. 2 b α; Siegert S. 76. — A. M. Hellwig, Anspr. S. 76, Langheineken S. 156; Fiebig S. 37 bezüglich des Partialerben.

[2] Gaupp-Stein § 322 V.

mentsvollstrecker bezüglich des Erbrechts keinerlei Einwirkung zukommen darf [1]. Deshalb weil der Erbe an Stelle des Testamentsvollstreckers mit dem Erbschaftsanspruch den Nachlaß in Besitz bekommen kann, liegt kein Grund vor, ihm den Anspruch abzusprechen zu Gunsten des Testamentsvollstreckers; dieser muß den Erben verklagen, der ihm die Herausgabe des Nachlasses verweigert, den er vom Erbschaftsbesitzer erlangt hat. Als Recht i. S. des § 2212 kann der Erbschaftsanspruch nicht aufgefaßt werden; alles dies spricht gegen die Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers. Nur in dem Falle ist die Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers zu bejahen, daß zu dem seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaß ein Nachlaß gehört, den ein anderer pro herede besitzt, oder der Anspruch des § 2031 in der Person des Erblassers entstanden war. Hier ist der streitige Nachlaß als Bestandteil des Nachlasses i. S. des § 2212 anzusehen, so Strohal I S. 290, Fiebig S. 26.

Planck § 2212 N. 5 und Bourwieg S. 42 sind der Ansicht, daß, wenn man dem Testamentsvollstrecker den Erbschaftsanspruch nicht zugesteht, ihm mindestens die Ansprüche aus §§ 2027 II. 2028 auf Erteilung von Auskunft und Leistung des Offenbarungseides gegenüber den bezeichneten Personen zustehen müssen. Der Grund, daß es sich wie beim Erbschaftsanspruch um Geltendmachung des Rechtes des wirklichen Erben gegen den possessor pro herede handle, treffe nicht zu auf diese Ansprüche. Dieselben seien nicht lediglich Hilfsmittel für den Erbschaftsanspruch, sondern zur Erleichterung der Geltendmachung der Einzelansprüche

[1] Schmid S. 103, Siegert S. 83.

bestimmt. Ohne diese Ansprüche sei der Testamentsvollstrecker häufig außer Stande, seine Aufgabe zu erfüllen.

Ein genügender Grund, für diese Hilfsansprüche eine Ausnahme zu machen, liegt nicht vor. Der Testamentsvollstrecker, der auf Grund des § 2205 den Nachlaß in Besitz nehmen darf, kann Herausgabe desselben vom Erben und nach § 260 Vorlegung eines Verzeichnisses des Bestandes und Leistung des Offenbarungseides verlangen. Auch der Erbe kann nach Beendigung der Testamentsvollstreckung Herausgabe des Nachlasses vom Testamentsvollstrecker fordern und nach §§ 2218. 666 Auskunfterteilung, sowie nach § 260 Vorlegung eines Verzeichnisses des Bestandes und Leistung des Offenbarungseides verlangen, Siegert S. 76. Für Geltendmachung der Einzelansprüche nach § 2029 ist der Testamentsvollstrecker legitimiert, da das Erbrecht nicht das Klagfundament bildet, sondern irgendein Recht des Erblassers, welches nunmehr als Nachlaßbestandteil der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Wendet der Erbschaftsbesitzer sein Erbrecht einredeweise ein gegen den mit einer Singularklage gegen ihn klagenden Testamentsvollstrecker, so kann der Testamentsvollstrecker auf das Erbrecht als Incidentpunkt eingehen. Da die Entscheidung über den Incidentpunkt nicht rechtskräftig wird, so ist dies für den Erben ohne Belang.

Um den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer gegen die Singularklagen des Testamentsvollstreckers nicht schlechter zu stellen als gegen die des Erben, ist § 2029 analog anzuwenden und die Haftung des Erbschaftsbesitzers auch der Singularklage des Testamentsvollstreckers gegenüber nach den Bestimmungen über den

Erbschaftsanspruch zu regeln [1]. Fiebig S. 35 erachtet diese Verschiedenheit der Haftung als weiteren Grund, die Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers für den Erbschaftsanspruch zu bejahen, und auch Binder III S. 379 führt aus, daß dies die Aktivlegitimation wünschenswert erscheinen lasse.

Ein Bedürfnis, dem Testamentsvollstrecker den Erbschaftsanspruch zu gewähren, besteht nicht. Die Bestimmung des § 260 ist für die Hilfsansprüche aus §§ 2027 und 2028 ein hinreichender Ersatz und auch der Klage des Testamentsvollstreckers aus § 2205 gegenüber muß die Herausgabepflicht nach Analogie der §§ 2019 ff. beurteilt werden [2].

Die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erbschaftsanspruch ist gleichfalls abzulehnen, da der Testamentsvollstrecker als solcher niemals pro herede besitzt. Nur Böhm § 62 und Marcus S. 74 vertreten die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers, letzterer sogar als ausschließliche, sonst wird sie von allen abgelehnt [3]. Der Anspruch auf den Nachlaß ist auch kein Anspruch gegen den Nachlaß i. S. des § 2213. Nur in dem Fall ist die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers begründet, wenn der Erbschaftsanspruch sich auf eine Erbschaft richtet, welche vom Testamentsvollstrecker auf Grund einer Erbrechtsanmaßung in den seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaß zu Unrecht einbezogen worden ist,

---

[1] Schmid S. 104. [2] Schmid S. 104/5.

[3] Prot. S. 708/9; Planck § 2018 N. 2 b α, Vorb. 4 c § 2197, Strohal II S. 380, I S. 292; Hellwig § 9, Binder III S. 391; Schmid S. 105, Fiebig S. 11, Bourwieg S. 54, Arnold S. 67, Marschner S. 79, Wilke § 2018 Vorb., Sturm S. 79, Schaller S. 28, u. a.

oder der Anspruch aus § 2031 gegen den Erblasser bereits begründet war: Strohal II S. 380 N. 5, Hellwig S. 71, Binder III S. 391/2, Planck § 2018 N. 2 b α.

Das Urteil zwischen den beiden Erbprätendenten wirkt nicht gegen den Testamentsvollstrecker, der meist den Besitz des Nachlasses schon vor Klageerhebung erlangt haben wird, so daß § 325 ausgeschlossen ist, und es einer besonderen Klage gegen den Testamentsvollstrecker bedarf, aber nicht nach Analogie des § 748 oder 2213 III auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Vielmehr gründet sich diese Klage auf die Feststellung des Erbrechtes gegenüber dem Erben, sie ist nicht die hereditatis petitio, sondern die Vindikation der Erbschaft als eines Inbegriffes [1].

Eine Klage des Erben auf Herausgabe des Nachlasses gegen den Testamentsvollstrecker ist nicht Erbschaftsklage, sondern Klage auf Grund des Rechtsverhältnisses der Testamentsvollstreckerschaft [2] § 2218. Ist der Testamentsvollstrecker in Wirklichkeit gar keiner, so kommen die Grundsätze der negotiorum gestio zur Anwendung [3]. Wo der Testamentsvollstrecker nach Beendigung des Amtes dem Erben den Nachlaß unter Anmaßung eines Erbrechtes vorenthält, ist er als Erbschaftsbesitzer passiv legitimiert für den Erbschaftsanspruch [4].

b) Die Legitimation in Streitigkeiten anläßlich der Auseinandersetzung.

Nach § 2204 hat der Testamentsvollstrecker, wenn mehrere Erben vorhanden sind, die Auseinander-

[1] Enneccerus-Lehmann II S. 818.

[2] Windscheid-Kipp S. 304; Hellwig, Anspr. S. 75; Langheineken S. 155.

[3] Hellwig S. 75.

[4] Strohal II S. 380 N. 4a; Binder III S. 387/8.

setzung unter ihnen zu bewirken. Aus dieser Aufgabe ist auch seine Legitimation zur Prozeßführung abzuleiten, wenn sich bei der Auseinandersetzung Streitigkeiten ergeben. Würde man sich für die Legitimation der Erben entscheiden, so müßte man auch ihre Prozeßführung für den Testamentsvollstrecker als bindend erklären, sonst wäre die Prozeßführung zwecklos, wenn sie der Testamentsvollstrecker nicht zu beachten brauchte. Die Rechtskraftwirkung läßt sich aber mit §§ 2203. 2204 nicht vereinigen; denn der Testamentsvollstrecker hat bei der Auseinandersetzung nur die diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften, sowie die Anordnungen des Erblassers zu beachten. Vor allem hat der Testamentsvollstrecker die Interessen des Erblassers zu wahren und auch dies spricht für seine Legitimation. Wenn der Prozeß lediglich unter den Erben zum Austrag käme, so wäre der Testamentsvollstrecker nicht in der Lage, die Interessen des Erblassers genügend zu wahren. Bejaht wird seine Legitimation von Marschner S. 80, Böhm S. 194, „Recht" S. 274, Schmid S. 106, Planck § 2204 N. 7. Er kann von jedem Miterben auf Vollzug der Auseinandersetzung oder bei Einigkeit der Erben auf deren Unterlassung verklagt werden: Planck § 2204 N. 5. Ferner sind Prozesse über den Auseinandersetzungsplan mit dem Testamentsvollstrecker möglich: Förster S. 150, Marcus S. 63.

Streitig ist die Legitimation des Testamentsvollstreckers bei Streitigkeiten über die Ausgleichungspflicht von Miterben. Nach Brettner S. 224/5 muß gegen den Erben geklagt werden, weil die Kollation weder eine Nachlaßforderung noch eine Nachlaßverbindlichkeit sei, auf ein rein wirtschaftliches Er-

gebnis abziele und rein persönlicher Natur sei. Streitigkeiten über die Ausgleichungspflicht sind ebenfalls mit dem Testamentsvollstrecker auszutragen [1]. Bestreitet der Testamentsvollstrecker die Ausgleichungspflicht, so kann der Miterbe ihn verklagen, daß er den andern Miterben zur Ausgleichung heranziehe. Die Klage des § 2057 ist Sache des Miterben: Planck § 2004 N. 4 c. Wird vom Testamentsvollstrecker unter Anerkennung der Ausgleichungspflicht der auszugleichende Posten verrechnet, so kann der seine Ausgleichungspflicht bestreitende Miterbe ebenfalls den Testamentsvollstrecker verklagen.

Wenn das BGB. nur die Legitimation in Nachlaßstreitigkeiten geregelt hat, so folgt daraus nicht, wie Brettner meint, daß diese Regelung eine erschöpfende sein solle. Eine Rechtskraftwirkung über die Parteien hinaus haben solche Urteile nicht [2].

II. Die aus der Parteistellung des Testamentsvollstreckers für den Prozeß sich ergebenden Folgen.

1. Der Gerichtsstand bestimmt sich nicht nur nach §§ 27. 28 und den allgemeinen Bestimmungen, sondern auch nach dem Testamentsvollstrecker §§ 13. 16. 20. Nur § 17 ist ausgeschlossen, da der Nachlaß kein selbständiges Sondervermögen ist.

2. Der Erbe kann den Prozessen des Testamentsvollstreckers, wie oben erwähnt, als Nebenintervenient

[1] Marcus S. 75; Schaller S. 35, Marschner S. 81, Schmid S. 106, Böhm S. 274.

[2] Schaller S. 36, Schmid S. 107. A. M. Hinschius S. 791.

beitreten, sofern die Voraussetzungen für eine Nebenintervention vorliegen. Wäre der Erbe Partei, so wäre seine Nebenintervention unmöglich [1]. Ebenso ist der Erbe zur Hauptintervention nach § 64 befugt, selbst wenn er sich am Erstprozeß als Nebenintervenient beteiligt hat. Werden beide Prozesse verbunden, so hört er auf Dritter zu sein und damit endet die Nebenintervention [2].

3. Der Erbe kann als Zeuge und Sachverständiger vernommen werden; nach §§ 393 Z. 4, 327 als materiell Interessierter zunächst unbeeidigt. Wenn er streitgenössischer Nebenintervenient ist, kann er jedoch nicht als Zeuge vernommen werden, weil er dann zum Parteieid nach §§ 449. 476 fähig ist [3]. Als Partei könnte er nicht in eigener Sache als Zeuge vernommen werden.

4. Mehrere Testamentsvollstrecker sind notwendige Streitgenossen i. S. des § 62. Dies ergibt sich aus § 2224. Wäre der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter, so wäre dies unmöglich, da nur ein Prozeßsubjekt vorläge [4].

5. Die Eideszuschiebung nach § 445 ist an den Testamentsvollstrecker möglich. Der Erblasser ist als Rechtsvorgänger des Testamentsvollstreckers anzusehen [5]. Nach § 449 ist die Eideszuschiebung an den

---

[1] A. M. Weißler S. 193.

[2] Gaupp-Stein § 64 II c, Petersen § 64 N. 3, Seuffert § 64 N. 3.

[3] RG. **20**, 392; Seuffert I S. 579, Gaupp-Stein § 69 N. 9; A. M. Petersen § 69 N. 5.

[4] Gaupp-Stein § 62 III b a. E.

[5] Gaupp-Stein § 445 III 1; Förster S. 160; OLG. Hamburg Hans. GZ. 27 B 100; OLG. Kassel Rechtspr. **13**, 163; Seuff. Archiv **61**, 248.

Erben zulässig, wenn er streitgenössischer Nebenintervenient ist. Nach §§ 475. 476 kann dem Testamentsvollstrecker oder mehreren Testamentsvollstreckern der richterliche Eid auferlegt werden. Nach § 472 muß bei Vorhandensein mehrerer Testamentsvollstrecker der Eid allen zugeschoben werden.

6. Darüber, nach wessen Person die Voraussetzungen der §§ 41 Z. 1—3, 383 Z. 1—3, 393 Z. 3, 408 zu beurteilen sind, sind die Ansichten geteilt. Seckt S. 75 erklärt sie für unanwendbar auf den Testamentsvollstrecker als Organ eines nichteigenen Interesses, als solches habe er keine Verwandten oder Verschwägerten. Böhm S. 271 vertritt analoge Anwendung auf die Person des Erben unter Ablehnung der Anwendung auf den Testamentsvollstrecker.

Nach Bunsen S. 217 ist, soweit das persönliche Verhältnis maßgebend ist, nur die Person des Parteirollenträgers in Betracht zu ziehen, während im übrigen auf das innere Verhältnis der Partei zur Sache zu sehen ist. Gaupp-Stein § 383 II versagt den Angehörigen der Partei kraft Amtes die Rechte des § 383 Nr. 1—3, weil sie nicht in dem von § 383 vorausgesetzten sittlichen Konflikte stehen, ebenso den Angehörigen der sachlich beteiligten Personen, da sie nicht Angehörige der Partei sind. Peiser S. 234 vertritt mit Recht die Anwendung der genannten Paragraphen auf die Person des Testamentsvollstreckers, denn wenn auch der Testamentsvollstrecker Partei ohne eigenes Interesse ist, so ist er trotzdem als iudex inhabilis anzusehen, wenn er oder nahe Angehörige als Testamentsvollstrecker Partei sind, und daß der sittliche Konflikt für die Zeugen deshalb wegfalle, weil der Testamentsvollstrecker materiell nicht interessiert ist, ist sehr

zweifelhaft. Auch der Erbe ist iudex inhabilis, ohne formell Partei zu sein, wenn das Urteil gegen ihn nach §§ 327. 728 unmittelbar wirksam und vollstreckbar ist. Gaupp-Stein § 41 III. Sofern man den Konkursverwalter als Partei betrachte, dürfen auch nach Petersen § 383 N. 2 seine Verwandten das Zeugnis verweigern.

Anhang. Der Erblasser kann für Streitigkeiten zwischen den Miterben, zwischen Erben und Vermächtnisnehmern, unter den Vermächtnisnehmern oder in Ansehung von Auflagen schiedsrichterliches Verfahren letztwillig anordnen [1]. Er kann auch den Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter ernennen, dies ist aber unzulässig und unwirksam, sofern es sich um Streitigkeiten der Erben mit dem Testamentsvollstrecker selbst handelt, denn er kann nicht Richter in eigener Sache sein. Unrichtig ist die Behauptung von Marcus S. 61 und Frommhold § 2203, dem Testamentsvollstrecker stehe die Hauptintervention gegen die Parteien zu, welche den ordentlichen Rechtsweg beschritten haben. Der Beklagte hat die prozeßhindernde Einrede des § 274 Z. 3; von Amts wegen ist die letztwillige Schiedsgerichtsklausel nicht zu beachten.

7. Das Armenrecht kann dem Testamentsvollstrecker als solchem nicht gewährt werden [2], da er

[1] Gaupp-Stein § 1048, Planck Vorb. zu § 1937, § 2203 N. 11, 12, Eck, Vorträge I S. 17 Anm. 1, Schloßmann, Iherings Jahrb. 37, S. 301—326, Petersen § 1048, Seuffert § 1048 N. 2 a, Strohal I S. 123 N. 4, Schmid S. 60, Wach I S. 67 N. 13, Marcus S. 62, Böhm S. 274, Erbr. S. 40, Frommhold § 2203.

[2] Gaupp-Stein § 114 S. 324, Reincke § 114; RG. 65, 287 ff. bez. des Nachlaßverwalters mit Verweisung auf den Konkursverwalter. — A. M. Schott S. 52 ff., Seuffert § 114 N. 1 a.

regelmäßig für die Kosten aus eigenem Vermögen nicht haftet; soweit dies, wie oben ausgeführt, nicht zutrifft, wird man ihm das Armenrecht nicht versagen dürfen, sofern in seiner Person die Voraussetzungen vorliegen, die der § 114 verlangt. Ist der klagende Testamentsvollstrecker ein Ausländer, so ist für die Pflicht zur Sicherheitsleistung nach § 110 seine Eigenschaft als Ausländer unerheblich, vielmehr ist der Sitz des von ihm verwalteten Nachlasses entscheidend [1]. Hat der Testamentsvollstrecker keine Verwaltung, so trifft ihn als Ausländer die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nach § 110, denn in diesem Falle wurde oben seine persönliche Haftbarkeit für Prozeßkosten bejaht.

8. Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers und Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers.

1. Beendigung des Amtes.

Als Gründe kommen in Betracht nach § 2205 Tod des Testamentsvollstreckers, Eintritt von Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit, Fall der Pflegschaft für den Testamentsvollstrecker nach § 1910, Kündigung § 2226, Entlassung durch das Nachlaßgericht § 2227.

a) Prozesse des Testamentsvollstreckers mit den Erben.

Hier wird meist der Prozeß für erledigt zu erachten sein, es sei denn, daß es sich um Angelegenheiten handelt, für welche die am Prozeß nicht beteiligten

[1] Bunsen S. 214; Gaupp-Stein § 110 N. 6.

Erben durch Wegfall des Testamentsvollstreckers die Legitimation zur Sache erlangen können. Stand dem Testamentsvollstrecker nur ein Teil der Erben als Partei gegenüber, so können die anderen in die Parteirolle einrücken: z. B. ein Miterbe ist auf Zahlung einer Schuld an den Nachlaß verklagt oder ein widersprechender Erbe ist vom Testamentsvollstrecker nach § 2206 II verklagt. Nach § 2038 sind die Miterben zur Teilnahme am Abschluß eines zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Rechtsgeschäftes verpflichtet oder zu dessen Genehmigung, wenn ein Miterbe es abgeschlossen hat. Deshalb sind die Miterben befugt, den Prozeß gegen die Widersprechenden fortzusetzen. Wird über eine Auflage mit einem Erben prozessiert, so tritt die nach § 2194 die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigte Person in die Parteirolle des weggefallenen Testamentsvollstreckers ein.

Handelt es sich um einen Prozeß des Testamentsvollstreckers auf Grund des § 2222 in Ausübung der Rechte des Nacherben, so tritt der Nacherbe oder der diesem nach § 1913 bestellte Pfleger in die Parteirolle des Testamentsvollstreckers ein. Wo mehrere Testamentsvollstrecker da sind und das Amt der übrigen fortdauert, führen die übrigen das Amt und den Prozeß allein weiter. § 2224 Satz 2.

Prozesse des Testamentsvollstreckers, die er als Privatperson führt, z. B. wegen Vergütung nach § 2221, wegen Verschuldens nach § 2219, wegen Ansprüche auf Grund der §§ 2218. 2215. 2217 sind von ihm, seinem gesetzlichen Vertreter oder Rechtsnachfolger fortzuführen. Von der Beendigung des Amtes bleiben sie unberührt, außer beim Tod des Testamentsvollstreckers, wo für sie die §§ 239. 241. 246 gelten.

Für die übrigen Fälle ist Unterbrechung des Verfahrens nach Analogie des § 239 anzunehmen. § 246 kann nicht analog angewendet werden, weil § 86 über die Fortdauer der Prozeßvollmacht auf den Testamentsvollstrecker nicht anwendbar[1] ist.

b) Prozesse des Testamentsvollstreckers mit Dritten.

Mit Wegfall des Testamentsvollstreckers erlangt der Erbe die Sachlegitimation zurück, ebenso ist er dann allein noch passiv legitimiert. Es fragt sich, bleibt der Prozeß nun liegen, oder haben ihn der Testamentsvollstrecker bezw. seine Rechtsnachfolger zu Ende zu führen, oder haben die Erben zu diesem Zwecke die Parteirolle zu übernehmen. Bezüglich des Zwangsverwalters, dessen Stellung der des Testamentsvollstreckers durchaus gleichartig ist, hat das RG., Beschluß vom 29. IV. 02, die Ansicht aufgestellt, er habe nach Beendigung seines Amtes die anhängigen Prozesse zu Ende zu führen. cf. auch RG. **53**, 263; **59**, 89. Gegen diese Ansicht bestehen auch bezüglich des Testamentsvollstreckers erhebliche Bedenken. Die Verwaltungsbefugnis hat der Testamentsvollstrecker mit dem Amte verloren; die Voraussetzung der Rechtskraft der Urteile für und gegen den Erben liegt nicht mehr vor. Dem Testamentsvollstrecker kann mangelnde Aktivlegitimation eingewendet werden, er selbst kann seine fernere Passivlegitimation ablehnen. Den Erben des Testamentsvollstreckers kann nicht zugemutet werden, daß sie die Prozesse des Testamentsvollstreckers, an denen sie gar kein Interesse haben, zu Ende führen.

[1] OLG. Dresden, Rechtsprechung **13**. Bd. S. 130.

Der wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit vom Nachlaßgericht entlassene Testamentsvollstrecker kann nicht trotzdem berechtigt und verpflichtet sein, die Prozesse zu Ende zu führen. Aus allen diesen Gründen ist die Fortführung der Prozesse durch den Testamentsvollstrecker oder dessen Erben abzulehnen [1]. So bleibt nur die Pflicht und das Recht des Erben bezw. Nacherben als materiell an der Prozeßführung Interessierten auf Eintritt in den Prozeß an Stelle des Testamentsvollstreckers. Das Interesse des Prozeßgegners wird sowenig verletzt wie das des Erben, der die Rechtsfolgen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers für und gegen sich gelten lassen muß.

Ob in diesen Fällen eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, ist streitig; im Gesetz fehlt es an einer Bestimmung hierüber. Nach der einen Meinung setze der Erbe den Prozeß ohne Unterbrechung [2] fort. Nach der anderen Meinung tritt Unterbrechung ein [3]. Wo das Gesetz sonst Unterbrechung des Verfahrens anordnet, ist der Grund, daß die neue Partei dem Gegner nicht unverteidigt gegenüberstehen soll. Dieser Grund trifft auch auf diese Fälle zu. Es wäre nicht angängig, dem Erben, der vielleicht vom Prozeß gar nichts weiß, zuzumuten, ohne weiteres die Parteirolle weiterzuführen. Da ein Parteienwechsel hier erfolgt, so muß

---

[1] Kiehl S. 320, 354, Hellwig, Anspr. S. 262, Siegert S. 88, Schmid S. 111.

[2] Gaupp-Stein § 241 Id; Planck Vorb. 4 zu § 2212, Marcus S. 73, Böhm S. 191, Jeglinsky S. 75, Frommhold § 2212, Kuhlenbeck § 2212, Marschner S. 48, Hellwig, Anspr. S. 242, Prot. 5 S. 294.

[3] Kiehl S. 320, Siegert S. 89, Hellwig, Rechtskraft S. 413, Schmid S. 111.

in analoger Anwendung des § 239 Unterbrechung des Verfahrens angenommen werden [1]. Die analoge Anwendung des § 239 ist näherliegend, als die des § 241; nur wenn der Testamentsvollstrecker als gesetzlicher Vertreter angesehen wird, findet § 241 direkte Anwendung. Die analoge Anwendung des § 246 ist, wie unter a ausgeführt, abzulehnen.

2. Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers.

Ein Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers kann eintreten nach §§ 2197 II. 2199 II. 2200. Auch hier muß angenommen werden, daß der Nachfolger im Amte das Recht und die Pflicht hat, die Prozesse mit den Erben oder Dritten zu übernehmen. Da der Erbe die Sachlegitimation nicht zurückerhält, solange die Möglichkeit besteht, daß ein Nachfolger im Amte des Testamentsvollstreckers eintritt, so muß auch hier eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten und zwar ebenfalls auf Grund analoger Anwendung des § 239. Gaupp-Stein § 241 I d und Schmid S. 112 vertreten die analoge Anwendung des § 241, der doch den Fall behandelt, daß die Partei bleibt und nur der gesetzliche Vertreter wechselt, während hier der Inhaber der Parteistellung wechselt. § 246 ist auch hier ausgeschlossen wie bei Z. 1 oben.

[1] Schiller S. 34, 38, Schmid S. 111.

Literaturverzeichnis.

Arnold, Der Testamentsvollstrecker. München 1902.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 4. Aufl. 1885.

— Die Lehre von den Erbverträgen. 1835/40.

— Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 9. 1845.

Binder, Die Rechtstellung des Erben. 1901/05.

Böhm, Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. 1900.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. 1901.

Bourwieg, Die rechtliche Stellung von Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter und Testamentsvollstrecker und deren Aktiv- und Passivlegitimation für den Erbschaftsanspruch des § 2018 BGB.. Diss. Leipzig 1908.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 4. Aufl. 1904.

Dernburg, Pandekten. 3. Bd. 7. Aufl. 1903.

— Deutsches Erbrecht. 1905.

Eccius, Preußisches Privatrecht. 4. Bd. 7. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Bd. 6. Aufl. 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Bd. 2. Aufl. 1901.

Fiebig, Ist der Erbschaftsanspruch gegen einen Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker zulässig und kann er von diesen Personen erhoben werden? Diss. Rostock 1907.

Le Fort, Des exécuteurs testamentaires. 1875.

Frommhold, Das Erbrecht des BGB. 1900.

Gaupp-Stein, Die CPO. für das Deutsche Reich. 8. und 9. Aufl. 1906/8.

Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. 1893.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1903/7.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1893.
Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.
— Die Konkursordnung. 1902.
Jeglinsky, Die rechtliche Natur und der regelmäßige Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers nach bürgerlichem Recht unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung. Diss. Leipzig 1907.
Koch, Das preußische Erbrecht. 1866.
Kohler, Bürgerliches Recht; in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 3. Teil. 1901.
— Das BGB. 3. Bd. 2. Aufl. 1904.
Landsberg, Das Recht des BGB. 2. Hälfte. 1904.
Marschner, Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung. Diss. Rostock 1904.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 4. Aufl. 1900.
Mayér-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 2. und 3. Aufl.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts. 1902.
Petersen, Die CPO. 5. Aufl. 1906.
Planck, BGB. Erbrecht. 3. Aufl. 1908.
Plöttner, Über die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung. Diss. Leipzig 1906.
Reincke, Die deutsche CPO. 5. Aufl. 1904.
Rosenthal, Die Sachlegitimation. 1903.
Schaller, Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit des Testamentes. Diss. Göttingen 1901.
Scherer, Erbrecht des BGB. 1900.
Schiller, Die Person des Schwurpflichtigen. Diss. Halle 1906.
Schleifer, Die Rechtstellung des Testamentsvollstreckers. Diss. Breslau 1908.

Schmid, Die Stellung des Testamentsvollstreckers und ihre Durchführung im Normalfall der Testamentsvollstreckung. Diss. Tübingen 1905.
Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung. 2. Teil.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1898.
Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung. Diss. Rostock 1899.
Siegert, Rechtliche Natur und Stellung des Testamentsvollstreckers nach dem BGB. Diss. Leipzig 1903.
Schott, Das Armenrecht der deutschen CPO. 1900.
Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte. 3. Aufl.
Sohm, Institutionen. 10. Aufl. 1901.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 5. Bd. 2. Aufl. 1885.
Staudinger-Herzfelder, Kommentar zum BGB. 5. Bd. 1902.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 3. Aufl. 1903/4.
Struckmann-Koch, Die CPO. 8. Aufl. 1901.
Sturm, Die Lehre von der Testamentsvollstreckung nach dem BGB. 1898.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1. Bd. 1885.
Weissler, Das deutsche Nachlaßverfahren.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1. Bd. 1903.
Wilke, Das BGB. 5. Bd. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Bd. 9. Aufl. 1906.
Zachariae von Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechtes. 3. Aufl.

Aus Zeitschriften:

1. Archiv für bürgerliches Recht von Kohler u. a.:
Brettner, Über Testamentsvollstreckung. Bd. 17. S. 213 ff.
Oertmann, Zivilistische Rundschau. Bd. 14. S. 382/3.
2. Das Recht, Jahrgang 1900:
Böhm, Über Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers, S. 272 ff.
Brettner, S. 320 ff.

3. Iherings Jahrbücher für Dogmatik:
   Schlossmann, Über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, Bd. 37, S. 301 ff.
   Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte, Bd. 43 S. 1 ff.
Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gemeinem und preußischem Recht, Bd. 20 S. 91 ff.
4. Sächsisches Archiv:
   Förster, Bd. 12 S. 136 ff.
   Marcus, Bd. 8 S. 53 ff.
   Rüger, Bd. 9 S. 461 ff.
5. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (Busch):
   Bunsen, Parteien im Zivilprozeß. Bd. 26 S. 197 ff.
   Kiehl, Eintritt in den Prozeß. Bd. 30 S. 289 ff.
   Petersen, Parteibegriff und Parteifähigkeit. Bd. 18 S. 1 ff.
   Stegemann, Die Parteien im Prozesse. Bd. 17 S. 326 ff.
6. Untersuchungen zur deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte von Gierke:
   Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, 49. Heft.
7. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot:
   Fuchs, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der Prozeßlegitimation. 38. Jahrgang. S. 241 ff. 548 ff.
8. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft:
   Binder, Besprechung von Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, 46. Bd. S. 347 ff.

Motive und Kommissionsprotokolle zum Entwurf des BGB. 5. Bd. Guttentagsche Ausgabe.
Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages, Bd. 1 u. 3.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.